KARSTEN NOTTHOFF

Das ruhende Arbeitsverhältnis als Schutz des Arbeitsplatzes wehrpflichtiger Arbeitnehmer

1971

1972

Das ruhende Arbeitsverhältnis als Schutz des Arbeitsplatzes wehrpflichtiger Arbeitnehmer

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung eines akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Karsten Notthoff
aus Bad-Lauterberg im Harz

1972

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Brox

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Immenga

Dekan: Prof. Dr. Kiefner

Tag der mündlichen Prüfung: 19. 11. 1971

UNIV. LEIDEN BIBL.

Meinen Eltern und meiner Frau

Inhaltsübersicht

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	V
Literaturverzeichnis	IX
A. Einleitung	1
§ 1 Einführung und Abgrenzung des Themas	1
B. Hauptteil	3
1. Teil: Das Arbeitsverhältnis während der Ableistung des Wehrdienstes - Bedeutung und Rechtsfolgen des Ruhens (§ 1 I ArbPlSchG)	3
1. Kapitel: Bedeutung des Ruhens für das Arbeitsverhältnis (Auslegung des § 1 I)	3
§ 2 Persönlicher und sachlicher Geltungsbereich	3
§ 3 Stellungnahme in Lit. und Rspr. zum Ruhensbegriff	6
§ 4 Eigene Stellungnahme zum Ruhensbegriff	23
I. Auslegung des § 1 I nach dem Wortsinn	23
1. allg. Sprachgebrauch	24
2. spezifisch jur. Sprachgebrauch	25
II. Historische Interpretation	26
1. Entwicklung nach dem 1. Weltkrieg	27
2. Zustand vor und während des 2. Weltkrieges	27
3. Rechtslage nach dem 2. Weltkrieg	30
4. Vorläufer des ArbPlSchG	32
5. Schlußfolgerungen für den Ruhensbegriff	33
III. Der Gesetzeszweck	35
1. Methodische Grundlagen	35
2. Gesetzgeberische Bewertungsmaßstäbe	36
2. Kapitel: Rechtsfolgen des Ruhens - dargestellt an Fallgruppen	45
§ 5 Arbeitsleistung und Eingliederungsfolgen	46
I. Gesetzlich geregelter Fall: Kündigungsschutz	46

	Seite
II. Gesetzlich nicht geregelte Fälle	47
1. Arbeitsleistungspflicht	47
2. Betriebszugehörigkeit	48
3. Gehorsamspflicht / Direktionsrecht	50
4. Mitbestimmungsrecht	50
§ 6 Lohnfragen im weiteren Sinn	58
I. Gesetzlich geregelte Fälle	58
1. Wohnraum	58
2. Sonstige Sachbezüge	60
3. Entgelt im öffentlichen Dienst	60
II. Gesetzlich nicht geregelte Fälle	60
1. Allgemeine Lohnzahlungspflicht	60
2. Besondere Lohnformen	61
a) Gewinnbeteiligung	61
b) Gratifikationen	64
c) Treueprämie	68
§ 7 Treue- und Fürsorgepflichten im weiteren Sinn	70
I. Gesetzlich geregelte Fälle	70
1. Urlaub	70
2. Ruhegeld	71
II. Gesetzlich nicht geregelte Fälle	72
1. Treuepflichten des Arbeitnehmers	72
a) Verbot der Ruf- und Kreditgefährdung	72
b) Verschwiegenheitspflicht	73
c) Schmiergeldverbot	74
d) Wettbewerbsverbot	74
e) Anzeigepflichten	75
2. Fürsorgepflichten des Arbeitgebers	75
a) Beschäftigungspflicht	75
b) Gleichbehandlungspflicht	76
c) Fürsorgepflicht im engeren Sinn	78

Seite

§ 8 Ruhen bei Arbeitsverhältnissen eigener Art 80

I. Gesetzlich geregelter Fall: § 1 IV ArbPlSchG 80

II. Gesetzlich nicht geregelte Fälle 81

1. Probe- und Ausbildungsarbeitsverhältnis 81

2. Insolvenzverfahren 83

3. Arbeitskampf 83

4. Mangelhafter Arbeitsvertrag 87

2. Teil: Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Beendigung des Wehrdienstes (§ 6 ArbPlSchG) 90

1. Kapitel: Benachteiligungsverbot (§ 6 I) 90

§ 9 Voraussetzungen des § 6 I 90

I. Wiederaufnahme der Arbeit 90

II. Ort der Arbeitswiederaufnahme und Betriebsinhaberwechsel 92

III. Zeitpunkt der Arbeitswiederaufnahme 95

§ 10 Rechtsfolge des § 6 I 97

I. Sachlicher Geltungsbereich 97

II. Benachteiligungsverbot und sein Verhältnis zu § 1 I ArbPlSchG 98

2. Kapitel: Anrechnungsgebot (§ 6 II) 100

§ 11 Grundsatz 100

§ 12 Sonderfälle 105

3. Kapitel: Darstellung der Bedeutung des § 6 anhand ausgewählter Einzelprobleme 106

§ 13 Lohnerhöhung 106

I. Abhängigkeit der Lohnerhöhung von der Berufs- oder Betriebszugehörigkeit 107

II. Abhängigkeit der Lohnerhöhung von einer Bewährungszeit 108

§ 14 Gewinnbeteiligung 111

Seite

§ 15 Fristen 113

I. Kündigungsfrist 113

II. Urlaubswartezeit 114

III. Sechs-Wochen-Frist für Krankengeld 116

C. Schluß-Thesen 125

Lebenslauf

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band, Seite)
a. F.	alte Fassung
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein
Anm.	Anmerkung
AOG	Arbeitsordnungsgesetz
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts, hrsg. von R. Dietz, A. Hueck, H. Stumpf
Arbeitsrecht	Arbeitsrecht - Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten hrsg. von H. Potthoff (Jahr, Spalte)
AR-Blattei D	Arbeitsrechtsblattei, hrsg. von F. Sitzler und W. Oehmann (D-Blätter)
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGeber	Der Arbeitgeber (Jahr, Seite)
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbPlSchG	Arbeitsplatzschutzgesetz
ArbR	Arbeitsrecht
ARST	Arbeitsrecht in Stichworten (Band, Seite)
ArbuR	Arbeit und Recht (Jahr, Seite)
ArbuSozPol	Arbeit und Sozialpolitik (Jahr, Seite)
ArbuSozR	Arbeits- und Sozialrecht (Jahr, Seite)
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Bundesarbeitsgerichtsentscheidung (amtliche Sammlung)
BB	Der Betriebsberater (Jahr, Seite)

Betr.	Der Betrieb (Jahr, Seite)
betr.	betreffend, betrifft
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt (Teil, Seite)
BGH	Bundesgerichtshof
BlfStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht (Jahr, Seite)
BT-Drucksache	Bundestagsdrucksache (Legislaturperiode, Nummer)
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidung (Band, Seite)
BVG	Bundesversorgungsgesetz
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
dtsch.	deutsch
EuGH	Europäischer Gerichtshof
-G	-Gesetz
GG	Grundgesetz
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
hrsg.	herausgegeben
H. S.	Halbsatz
i. d. F. (v.)	in der Fassung (vom)
idR	in der Regel
ieS	im engeren Sinn
iSd/iSv	im Sinne der (des)/ im Sinne von
iwS	im weiteren Sinn
JhJb	Jherings Jahrbücher (Band, Seite)
JurJhb	Juristische Jahrbücher (Jahr, Band, Seite)

JW	Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
KO	Konkursordnung
KündigSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
Lit.	Literatur
m.E.	meines Erachtens
MutterSchG	Mutterschutzgesetz
mwN	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
PrABG	Preußisches Allgemeines Berggesetz
R.	Rückseite
RAGE	Reichsarbeitsgerichtsentscheidung (Band, Seite)
RdA	Recht der Arbeit (Jahr, Seite)
Rdnr.	Randnummer
RGBl.	Reichsgesetzblatt (Teil, Seite)
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
s.	siehe
sog.	sogenannt
SVG	Soldatenversorgungsgesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
u.a.	unter anderem
ü.M.	überwiegende Meinung
Urt. (v.)	Urteil (vom)
USG	Unterhaltssicherungsgesetz
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VerglO	Vergleichsordnung
vgl.	vergleiche
VO (VO'en)	Verordnung (Verordnungen)
Vorbem.	Vorbemerkung

z. B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht (Jahr, Seite)
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Jahr, Seite)
z. T.	zum Teil

Römische Ziffern hinter Gesetzesfundstellen bezeichnen die Absätze, arabische Ziffern die Sätze.

Fundstellen ohne Gesetzesangabe beziehen sich auf das ArbPlSchG.

Literaturverzeichnis

Albrecht, G.	Das ruhende Arbeitsverhältnis Dissertation Heidelberg 1965
Bartholomeyczik	Die Kunst der Gesetzesauslegung 4. Auflage, Frankfurt/M. 1967
Bertermann	Die Weihnachtsgratifikation bei Ableistung der Wehrpflicht BlStSozArbR 1963, 383
Bobrowski-Gaul	Das Arbeitsrecht im Betrieb 6. Auflage 1970
Boewer	Aktuelle Fragen zur Anrechnung von Wehr- und Kriegsdienstzeiten auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit Betr. 1967, 1456
Boewer-Nolte	Anrechnung von Wehr- und Kriegsdienstzeiten auf die Betriebszugehörigkeit Köln 1967
Boldt	Die Sicherung des Arbeitsplatzes nach deutschem Recht Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Brüssel 1958, S. 145 Berlin 1958
Boldt-Röhsler	Bundesurlaubsgesetz 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1968
Brigmann	Der arbeitsrechtliche Schutz der Wehrpflichtigen Arbeitgeber 1968, 511
Brox	Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung Karlsruhe 1960 (zit.: Irrtumsanfechtung)

Brox	Zur Wirkung der rechtmäßigen Aussperrung auf den Arbeitsvertrag Nipperdey-Festschrift zum 70. Geburtstag, Band II, S. 55, München und Berlin 1965 (zit.: Nipperdey-Festschrift II)
Brox-Rüthers	Arbeitskampfrecht Stuttgart 1965
Bulla	Beginn der Sechs-Wochen-Frist für Krankengehalt bei ruhendem Arbeitsverhältnis Betr. 1962, 333
Bulla	Rechtslage nach Beendigung des Streiks AR-Blattei D, Arbeitskampf II, G
Bulla-Hackbeil	Mutterschutzgesetz 3. Auflage, München 1968
Dersch	Neue Entwicklung der Fürsorgepflicht im Arbeitsverhältnis Festschrift für Herschel, Stuttgart 1955, S. 71
Dersch-Neumann	Bundesurlaubsgesetz 3. Auflage, München und Berlin 1964
Dietz, R.	Betriebsverfassungsgesetz 4. Auflage, München und Berlin 1967
Dietz, R.	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit 3. Auflage bzw. 6. Auflage, München und Berlin 1934 bzw. 1941
Dietz-Nikisch	Arbeitsgerichtsgesetz München und Berlin 1954
Draeger	Heimkehrergesetz Berlin und Frankfurt a. M. 1950
Eichler	Unterhaltssicherungsgesetz (Kommentar) Loseblattausgabe, Stand August 1969, München 1969

Engisch	Einführung in das juristische Denken 4. Auflage, Stuttgart 1968 (zit.: Einführung)
Erman	Handkommentar zum BGB 4. Auflage, Münster 1967 (zit.: Erman-Bearbeiter)
Farthmann	Der "personenrechtliche Charakter" des Arbeitsverhältnisses RdA 1960, 5
Fitting-Kraegeloh-Auffarth	Betriebsverfassungsgesetz 9. Auflage, Berlin und Frankfurt/ M. 1970
Foerster	Arbeitsrechtliche Vorschriften bei Wehrdienst Betr. 1957, 405
Gesetzesmaterialien	Verhandlungen des deutschen Bundestages 2. Wahlperiode -Stenographische Berichte, 199. Sitzung, Band 35, S. 11298 ff. -Anlagen zu den stenographischen Berichten, Band 48, Drucksache 3117 4. Wahlperiode -Stenographische Berichte, 99. Sitzung, Band 54, S. 4620 D 5. Wahlperiode -Anlagen zu den stenographischen Berichten, Band 109, Drucksache 1397; Band 112, Drucksache 1831
Gros	Die Gratifikation AR-Blattei D, Gratifikation I, Übersicht
Gros	Die Sicherung des Arbeitsplatzes nach dem Heimkehrergesetz AR-Blattei D, Heimkehrer I, Sicherung des Arbeitsplatzes

Hahlweg	Die Suspendierung des Arbeitnehmers Dissertation Erlangen 1961
Hefermehl	Anmerkung zu BAG AP Nr. 27 zu § 63 HGB, betr. den Fristbeginn der Gehaltsfortzahlung eines während des Ruhens des Arbeitsverhältnisses erkrankten Handlungsgehilfen
Heinrich, D.	Die Suspendierung des Arbeitsverhältnisses - Rechtsgrundlagen und Rechtsfolgen Dissertation Mainz 1954
Herschel	Suspendierende und lösende Aussperrung im Lichte des Kündigungsschutzgesetzes Betr. 1970, 253
Hess, H.G.	Betriebsratswahlen 6. Auflage, Heidelberg 1965
Heussner	Einfluß des Wehrdienstes auf den Erholungsurlaub des Arbeitnehmers Betr. 1964, 1336
Hueck, A.	Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis JhJb. 74, 358
Hueck, A.	Der Treuegedanke im modernen Privatrecht Heft 7 der Sitzungsberichte der Bayrischen Akademie der Wissenschaften, Jahrgang 1944/46, München 1947 (zit.: Treuegedanke)
Hueck, A.	Anmerkung zu BAG AP Nr. 20 zu § 63 HGB, betr. den Fristbeginn der Gehaltsfortzahlung einer unter das MutterschutzG fallenden Frau
Hueck-Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts 7. Auflage, Berlin und Frankfurt/M., Band I, 1963,

	Band II, Teil 2, 1970 (zit.: Hueck-Nipperdey I; II, 2)
Hueck-Nipperdey-Dietz	Arbeitsordnungsgesetz München und Berlin 1934
Hueck, G.	Einige Gedanken zum Begriff des Arbeitnehmers RdA 1969, 216
Isele	Das Arbeitsverhältnis in der Zivilrechtsordnung JurJhb 1967/68, 8. Band, S. 63
Isele	Das suspendierte Arbeitsverhältnis Festschrift für Molitor, München und Berlin 1962, S. 107
Isele	Anmerkung zu BAG AP Nr. 2 zu § 3 BUrlG "Rechtsmißbrauch", betr. den Einwand des Rechtsmißbrauchs gegenüber einem Urlaubsverlangen des Arbeitnehmers, insbesondere unter Berücksichtigung des § 6 I Arbeitsplatzschutzgesetz
Jacobi, E.	Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe Leipzig 1926
Kamman-Ziepke-Weinspach	Bundesurlaubsgesetz 2. Auflage, Wuppertal 1969
Kaskel	Das neue Arbeitsrecht Berlin 1920
Larenz	Methodenlehre der Rechtswissenschaft 2. Auflage; Berlin, Heidelberg, New York 1969
Lauer	Was müssen die Betriebe nach den Vorschriften des Wehrrechts besonders beachten?

	BB 1963, Beilage 5 (zu Heft 34), S. 1;
	BB 1966, Beilage 10 (zu Heft 30), S. 1
Lerche	Das BVerfG und die Verfassungsdirektiven
	AöR Band 90,. Tübingen 1965, S. 341
	(zit.: BVerfG und Verfassungsdirektiven)
Leube	Das ruhende Arbeitsverhältnis, Begriff und Rechtswirkungen
	Dissertation Freiburg 1969
Lotze	Anmerkung zu BGH NJW 1969, 525 in NJW 1969, 2254, betr. die Konkurseröffnung als wichtigen Grund für fristlose Entlassung
Maurer	Betriebszugehörigkeit
	AR-Blattei D, Betriebszugehörigkeit I, Übersicht
Mavridis	Eingliederungstheorie, Vertragstheorie und Gemeinschaftsverhältnis
	RdA 1956, 444
Meissinger	Treuepflicht im Arbeitsrecht
	AR-Blattei D, Treuepflicht im Arbeitsrecht I, Übersicht
Metzmaier	Die Eingliederungstheorie und die Lehre vom Arbeitsverhältnis
	Dissertation Gießen 1968
Monjau	Die Anrechnung von Wehrdienstzeiten auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit
	BB 1967, 289
Monjau	Die Bedeutung der Betriebszugehörigkeit
	Betr. 1966, 1432
Neumann-Duesberg	Der Betrieb
	AR-Blattei D, Betrieb I, Begriff
Nikisch	Arbeitsrecht, Band I
	3. Auflage, Tübingen 1961
	(zit.: Nikisch I)

Nikisch	Die Eingliederung in ihrer Bedeutung für das Arbeitsrecht RdA 1960, 1
Nilges	Der Beamte als Abgeordneter - Ein Beitrag zum Problem der Inkompatibilität ZBR 1962, 104
Nipperdey	Arbeitsrecht, Sammlung arbeitsrechtlicher Vorschriften Loseblattausgabe, Stand Oktober 1969
Nipperdey-Säcker	Suspendierende und lösende Arbeitskampfmittel (zu BAG, Beschluß vom 3. 9. 1968, BB 1968, 1079) BB 1969, 321
Papenheim	Anrechnung von Wehrdienst- und ähnlichen Dienstzeiten auf die Berufs- und Betriebszugehörigkeit BB 1969, Beilage 4 (zu Heft 13), S. 1
Pinther	Ist das Arbeitsverhältnis ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis? ArbuR 1961, 225
Potthoff	Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis? Arbeitsrecht 1922, Spalte 267/268
Prill	Anrechnung von früheren Wehrdienstzeiten auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit Betr. 1965, 474
Raatz	Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall Köln 1963
Reinhardt, Rudolf - König, Wilhelm	Richter und Rechtsfindung München und Berlin 1957
Reinicke, G. und D.	Die Auslegungsgrundsätze des Bundesgerichtshof, N J W 1951, 681

Reinicke, G. und D.	Die Bedeutung des Wortlauts bei der Auslegung von Gesetzen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes NJW 1952, 1033
Reinicke, G. und D.	Die Auslegungsgrundsätze des Bundesarbeitsgerichtes NJW 1955, 1380
Reinicke, W.	Anrechnung von Wehrdienstzeiten als Betriebszugehörigkeit BB 1963, 1299
Rohlfing	Das Aussetzen im Arbeitsverhältnis JW 1932, 1235
Röhsler	Das Arbeitsplatzschutzgesetz Betr. 1957, 580
Röhsler	Muß der Arbeitgeber an einberufene Arbeitnehmer Sonderleistungen weitergewähren? Betr. 1959, 624
Röhsler	Die Betriebszugehörigkeit als anspruchsbegründender Faktor im Arbeitsrecht Betr. 1963, 994/1047
Rüthers	Die unbegrenzte Auslegung - Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus Tübingen 1968
Sahmer	Gesetz über den Einfluß von Eignungsübungen der Streitkräfte auf Vertragsverhältnisse der Arbeitnehmer und Handelsvertreter sowie auf Beamtenverhältnisse (Eignungsübungsgesetz) Berlin 1956 (zit.: Eignungsübungsgesetz)
Sahmer	Das Gesetz über den Schutz des Arbeitsplatzes bei Einberufung zum Wehrdienst

	(Arbeitsplatzschutzgesetz) 2. Auflage, Berlin 1965 (zit.: Kommentar)
Sahmer	Die allgemeine Wehrpflicht ArbuR 1956, 305
Sahmer	Wehrdienst und Arbeitsverhältnis RdA 1957, 206
Sahmer	Wehrpflicht und Arbeitsplatz Sozialpolitik in Deutschland, hrsg. vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, 1961, Heft 17
Sahmer	Anmerkung zu BAG AP Nr. 1 zu § 6 ArbPlSchG, betr. die Anspruchsberechtigung auf nachträglich gewährte Ergebnisbeteiligungen für einen Zeitraum, in dem das Arbeitsverhältnis ruhte Anmerkung zu ArbG Hamm BB 1956, 785 in BB 1956, 1141, betr. den Gratifikationsanspruch eines Arbeitnehmers bei Teilnahme an einer Eignungsübung
Sahmer-Wiggert	Arbeitsplatzschutz der Wehrpflichtigen AR-Blattei D, Wehrdienst IV
Salzwedel	Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung Jahrreiß-Festschrift, Köln, Berlin, Bonn München 1964, S. 339 (zit.: Gleichheitsgrundsatz)
Schade	Wehrdienstzeiten, Vordienstzeiten und Betriebszugehörigkeit BB 1963, 860
Schelp	Arbeitsrechtliche Fragen bei der Einberufung zum Wehrdienst BB 1957, 404

Schelp-Herbst	Bundesurlaubsgesetz Berlin und Frankfurt/M. 1963
Schlegelberger	HGB, Band I 4. Auflage, Berlin und Frankfurt/M. 1960 (zit.: Schlegelberger - Bearbeiter)
Schumann	Die Entwicklung der Rechtsstellung des Beamten als Abgeordneter ZBR 1962, 97
Schwerdtner	Gemeinschaft, Treue, Fürsorge - oder die Himmelfahrt des Wortes, Gedanken zu einer Ideologiekritik des Individualarbeitsrecht ZRP 1970, 62
Siebert	Arbeitsverhältnis und Kriegsdienst Berlin, Wien, Leipzig 1940
Siebert	Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit Hamburg 1935 (zit.: Arbeitsverhältnis)
Sitzler	Fürsorgepflicht des Arbeitgebers AR-Blattei D, Fürsorgepflicht des Arbeitgebers I, Übersicht
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch II. Band, 9. Auflage, Stuttgart 1962; III. Band, 10. Auflage, Stuttgart 1969; IV. Band, 9. Auflage, Stuttgart 1963; (zit.: Soergel-Bearbeiter)
Söllner	Arbeitsrecht Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1969
Sommer	Wehrpflicht und Arbeitsplatz ArbSozR 1957, 179
Stahlhacke	Bundesurlaubsgesetz 2. Auflage, Neuwied und Berlin 1968

v. Staudinger	Kommentar zum BGB II. Band, 3. Teil, 11. Auflage, Berlin 1958 (zit.: Staudinger-Bearbeiter)
Streppel	Aus der Gesetzgebung ArbuR 1970, 81
Thies	Zum Begriff " anschließend " im Sinne des § 3 Absatz II Satz 2 der Verordnung über Fürsorge für Soldaten und Arbeitsmänner i.d.F. v. 29.12.1937 (VO 1937) ArbuR 1969, 292
Thüsing	Die Berücksichtigung von Wehrdienstzeiten bei von der Dauer der Betriebszugehörigkeit abhängigen Ansprüchen in der freien Wirtschaft Dissertation Köln 1968
Titze	Das Recht des kaufmännischen Personals Leipzig 1918
Vogt	Zum Begriff der ununterbrochenen Betriebszugehörigkeit BB 1956, 821
Westermann, H.	Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen Karlsruhe 1954 (zit.: Interessenkollisionen)
Wichmann	Der Arbeitnehmer, Lehrling, Pensionär im Konkurs- und Vergleichsverfahren des Arbeitgebers Göttingen 1965
Wiedemann	Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis

	Karlsruhe 1966
	(zit.: Arbeitsverhältnis)
Wiggert	Das Arbeitsplatzschutzgesetz und seine Bedeutung für den Arbeitnehmer
	ArbuR 1957, 105 ff.
Woltereck	Suspendierung des Arbeitnehmers
	AR-Blattei D, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis VII
Zwingenberger	Arbeitsplatz und Wehrpflicht
	Betr. 1964, 477 und ArbuSozPol 1965, 45
Zwingenberger	Zum Rechtsschutz des wehrpflichtigen Arbeitnehmers
	BlfStSozArbR 1965, 140

Schrifttum in Zeitschriften ist ohne Titel, nur mit Angabe der Fundstelle zitiert.

A. Einleitung

§ 1 Einführung und Abgrenzung des Themas

Das Arbeitsplatzschutzgesetz (ArbPlSchG)[1] ist eines der wenigen Gesetze, in denen das "Ruhen" eines Rechtsverhältnisses ex lege angeordnet ist[2]. Es kann also nicht daran gezweifelt werden, daß das Arbeitsverhältnis während des Wehrdienstes ruht, während in anderen Fällen die Wirkung der Arbeitsunterbrechung immer infrage gestellt werden kann. So ist es z. B. im Rahmen des Arbeitskampfes noch immer sehr streitig, ob das Arbeitsverhältnis ruht oder gelöst wird[3].
Man könnte im Rahmen des ArbPlSchG höchstens erörtern, ob es zweckmäßig oder rechtlich sinnvoll ist, daß der Gesetzgeber diese Regelung des Ruhens getroffen hat. Das wäre aber eine rechtspolitische Frage, deren Beantwortung nicht Sinn dieser Abhandlung ist. Auch dazu wäre aber zunächst einmal eine Untersuchung darüber notwendig, was mit dem Begriff des Ruhens überhaupt gemeint ist. Der Gesetzgeber hat nämlich nicht definiert, was er unter einem ruhenden Arbeitsverhältnis versteht. Diese Untersuchung soll darüber näheren Aufschluß bringen. Eine solche Untersuchung ist nicht etwa entbehrlich, weil der Begriff ohnehin verständlich ist und keiner weiteren Erläuterung bedarf. Zwar hat sich eine "h. M." herausgebildet, auf die sich auch der Gesetzgeber in den Begründungen zum Gesetzentwurf bezieht[4], doch ist das Problem nur scheinbar ausdiskutiert. Die sog. h. M. unterliegt nämlich erheblichen Zweifeln, und zwar nicht so sehr in ihren Ergebnissen, sondern vor allem in der Begründung ihrer Auffassung vom ruhenden Arbeitsverhältnis.

---

1) vom 30.3.1957, BGBl. I, 293 i.d.F.v.21.5.1968, BGBl.I, 551;
2) vgl. ähnliche Bestimmung im "Gesetz über die Rechtsstellung der in den Deutschen Bundestag gewählten Angehörigen des öfftl. Dienstes" v.4.8.1953 (BGBl. I, 777);
3) vgl. neuerdings dazu wieder Nipperdey-Säcker BB 1969, 321, mwN; Herschel, Betr. 1970, 253 ff.; BAG Großer Senat NJW 1971, 1668 ff.;
4) Verhdlgen. des dtsch. Bundestages, 2. Wahlperiode, Anlagen zu den stenograph. Berichten, Bd. 48, Drucksache 3117; Einzelbegründung zu § 1, S. 10 (im folgenden zitiert: BT-Drucksache II/3117);

Es wird deshalb aufgrund eingehender Untersuchung die Bedeutung des Ruhens für das Arbeitsverhältnis zu klären sein. Außerdem geben weder das Gesetz noch die sog. h.M. befriedigende und klare Antworten auf die Frage nach den konkreten Auswirkungen des Ruhens. Auch dieser Problemkreis soll - und zwar als Konkretisierung der Untersuchung über die allgemeine Bedeutung des Ruhens - erörtert werden. Es geht also z. B. um eine eingehende Prüfung der Auswirkung des Ruhens auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und die besonderen Rechtspositionen des Arbeitnehmers. Wegen des engen Zusammenhangs und der Bedeutung des Ruhens auch für die Zeit nach dem Wehrdienst, soll in einem 2. Teil das Arbeitsverhältnis nach Beendigung des Wehrdienstes Gegenstand der Erörterung sein, wobei das Schwergewicht auf dem Problem liegt, wie sich das Ruhen auf das fortgesetzte Arbeitsverhältnis ausgewirkt hat. Die Lösung dieses Problems ist wichtig für Rechtspositionen des Arbeitnehmers, wie z. B. Anwartschaften und "latente" Ansprüche.

Es geht also um recht entscheidende Fragen für Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Die bisher mangelnde Rspr. zu derartigen Problemen mag von der einvernehmlichen Regelung zwischen den Sozialpartnern zeugen oder auch für das große Verständnis der Arbeitgeber in diesen Fragen. Ein Streit kann sich jedoch sehr schnell entzünden[1].

Es sei darauf hingewiesen, daß sich diese Abhandlung auf die ruhenden Arbeitsverhältnisse in der privaten Wirtschaft beschränkt und nur ergänzend auf die des öffentlichen Dienstes und die von Wehrdienst leistenden Handelsvertretern, Beamten etc. eingeht. Auch der Einfluß des Wehrdienstes auf die Sozialversicherung bleibt von der Erörterung unberührt.

---

1) so ist z.B. neuerdings das Problem aufgetaucht, das hier aber nicht vertieft werden soll, ob das ArbPlSchG auch für Ausländer gilt, die in Deutschland arbeiten und zwischendurch in ihren Heimatländern Wehrdienst ableisten; s. dazu: Vorlagebeschluß des BAG an den EuGH v. 27.2.1969 - 5 AZR 215/68, NJW 1969, 999 und erneute Entscheidung vom 5.12.1969, BB 1970, 262 nach der Entscheidung des EuGH Urt. v. 15.10.1969 - 15/69, BB 1969, 1313 = RdA 1970, 58 = AP Nr. 2 zu Art. 177 EWG-Vertrag;

B. Hauptteil

1. TEIL:

Das Arbeitsverhältnis während der Ableistung des Wehrdienstes
- Bedeutung und Rechtsfolgen des Ruhens (§ 1 I Arbeitsplatz-SchutzG).

1. Kapitel: Bedeutung des Ruhens für das Arbeitsverhältnis (Auslegung des § 1 I)

Es geht in diesem Abschnitt darum, den Inhalt der Gesetzesvorschrift des § 1 I ArbPlSchG zu ermitteln. Zu diesem Zweck muß jedes einzelne Wort der Vorschrift erfaßt werden, weil jedes seinen eigenen "Stellenwert" hat und auf die übrigen Worte des Gesetzes bezogen ist. Es ist deshalb angebracht, den Wortlaut des Gesetzes subsumtionsfähig zu machen, um jedem Wort die Subsumtion zu sichern[1].

§ 1 I ArbPlSchG hat folgende Voraussetzungen (Tatbestand):

1. Ein Arbeitnehmer,
2. wird einberufen,
3. zum Grundwehrdienst oder zu einer Wehrübung;
   liegen die Voraussetzungen vor,
4. so ruht,
5. das Arbeitsverhältnis,
6. während des Wehrdienstes.

Zunächst sollen die Tatbestandsvoraussetzungen (Punkt 1 - 3) erläutert werden (§ 2), danach geht es nur noch um die Rechtsfolge (§§ 3, 4).

§ 2 Persönlicher und sachlicher Geltungsbereich

I. Der persönliche Geltungsbereich des Gesetzes erfaßt die "Arbeitnehmer". Bei der Auslegung dieses Begriffs ist zunächst die Begriffsbestimmung heranzuziehen, die das ArbPlSchG selbst getroffen hat. In

---

1) s. Bartholomeyczik, Kunst der Gesetzesauslegung, S. 22;

einer Legaldefinition bestimmt § 15 I: "Arbeitnehmer i. S. dieses Gesetzes sind Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten". Diese Legaldefinition entspricht der heute h. M.[1]. Sie hat insbes. Bedeutung für die letzte Alternative[2]. Es fragt sich allerdings noch, ob die Legaldefinition den Angestelltenbegriff eng oder weit versteht. Letzteres ist zu bejahen. Die Definition gibt vom Wortlaut her keinen Anlaß zu einer Einschränkung des Angestelltenbegriffs, z. B. einer Ausklammerung der leitenden Angestellten[3]. In diesem Sinne wird deshalb die Vorschrift auch verstanden[4]. Die Gesetzesmaterialien könnten an diesem Ergebnis jedoch Zweifel erwecken. Dort wird in der Begründung zu der Regelung über den persönlichen Geltungsbereich gesagt, der Arbeitnehmerbegriff des ArbPlSchG entspreche dem Arbeitnehmerbegriff der §§ 4 I BetrVG und 5 I 1 ArbGG[5]. Durch die Beschränkung auf Absatz I des § 4 BetrVG ist jedoch ein möglicher Widerspruch ausgeschlossen worden. Denn Abs. II des § 4 schränkt teilweise den Arbeitnehmerbegriff wieder ein (z. B. in Buchstabe c für den leitenden Angestellten, wenn er vornehmlich Arbeitgeberfunktionen erfüllt[6]). In diesem Fall differieren die Arbeitnehmerbegriffe des BetrVG und ArbGG[7]. Die Einschränkung des § 4 II BetrVG ist vom Gesetzgeber sinnvollerweise nicht in den Arbeitnehmerbegriff des ArbPlSchG aufgenommen worden. Denn bei der Sachlage, die dem ArbPlSchG zugrunde liegt, ist der leitende Angestellte nicht in den in § 4 II, c BetrVG bestimmten Positionen betroffen, sondern in seinem Interesse am Arbeitsplatz wie jeder andere Arbeiter und Angestellte auch. Er ist in diesem Interesse gleichermaßen

---

1) vgl. mwNG. Hueck, RdA 1969, 216 ff.;
2) s. bei Hueck-Nipperdey I, § 14, Anm. 1 zur Arbeitnehmereigenschaft der in Berufsausbildung Beschäftigten;
3) zum Begriff und zur Einordnung unter den Arbeitnehmerbegriff vgl. Hueck-Nipperdey I, § 12 IV;
4) s. Sahmer, Kommentar, Rdnr. 123; Bobrowski-Gaul aaO, J II, 4;
5) BT-Drucksache II/3117, Begründung zu § 18;
6) vgl. dazu Hueck-Nipperdey I, § 12 IV, 2a;
7) s. dazu Dietz-Nikisch, ArbGG § 5, Anm. 31; Fitting-Kraegeloh-Auffarth, BetrVG § 4, Anm. 1/14;

schutzwürdig[1], so daß auch er unter den persönlichen Geltungsbereich des § 15 I und damit unter § 1 I ArbPlSchG fällt. Der Arbeitnehmerbegriff ist deshalb im herkömmlichen Sinne zu verstehen, d. h., es gelten nicht als Arbeitnehmer die Beamten und Richter, die selbständigen Handelsvertreter und die in Heimarbeit Beschäftigten, um nur die wichtigsten zu nennen, die auch vom Gesetzgeber in besonderen Vorschriften erfaßt sind (§§ 7 - 9 ArbPlSchG). Ob der Arbeitnehmer deutscher oder nichtdeutscher Staatsangehöriger ist, bleibt sich gleich (vgl. dazu § 2 WehrpflichtG)[2]. Der Arbeitnehmer muß nur im Geltungsbereich des ArbPlSchG tätig sein. Die vorliegende Untersuchung wird sich auf die inländischen Arbeitnehmer in der privaten Wirtschaft beschränken.

II. Der Arbeitnehmer muß "einberufen" werden. Es muß sich also um die Einberufung iSv § 21 WehrpflichtG (i. d. F. v. 28. 9. 1969, BGBl. I, 1773) handeln[3]. Es geht also nicht um die "Erfassung" (§ 15 WehrpflichtG) oder "Musterung" (§ 16 ff. WehrpflichtG), sondern allein um die Aufforderung zum Diensteintritt in die Bundeswehr aufgrund der Wehrpflicht.

Die Einberufung erfolgt zum Grundwehrdienst oder zu einer Wehrübung. Diese Begriffe werden vom Gesetzgeber auf der Rechtsfolgeseite mit dem Begriff "Wehrdienst" zusammengefaßt und sollen auch hier in dieser Sammelbezeichnung gebraucht werden. Das heißt einmal negativ, daß § 1 I ArbPlSchG nicht für Berufssoldaten und Soldaten auf Zeit (iSd § 1 III SoldatenG i. d. F. v. 22. 4. 1969 BGBl. I, 314) gilt, ferner nicht für Fälle

---

1) zum Problem der Schutzwürdigkeit des leitenden Angestellten siehe Hueck-Nipperdey I, § 12 IV, 2b; dagegen Fitting-Kraegeloh-Auffarth, BetrVG § 4, Anm. 13;

2) ob das ArbPlSchG auch ausländische Arbeitnehmer (sog. Gastarbeiter) erfaßt, die zwecks Wehrdienst in ihr Heimatland zurückkehren, wird neu durchdacht werden müssen; ablehnend: Sahmer, Kommentar, Rdnr. 3; vgl. aber EuGH, BB 1969, 1313 (BAG NJW 1969, 999 als Vorlagebeschluß); s. o. § 1;

3) vgl. auch § 13 der aufgrund v. § 22, 1 WehrpflichtG ergangenen Musterungsverordnung vom 6. 2. 1963 - BGBl. I, 112;

der Eignungsübung iSd EignungsübungsG (vom 2.1.1956, BGBl. I, 13). Positiv ausgedrückt, erfaßt das ArbPlSchG die Wehrpflichtigen iSd §§ 1 - 3 WehrpflichtG, die Wehrdienst nach § 4 I 1 (§ 5) und § 4 I 2 (§ 6) WehrpflichtG leisten. Für den unbefristeten Wehrdienst im Verteidigungsfall (§ 4 I 3 WehrpflichtG) gilt das ArbPlSchG nach Maßgabe des § 16 ArbPlSchG entsprechend[1].

§ 3 Stellungnahme in Lit. und Rspr. zum Ruhensbegriff

So relativ klar die Voraussetzungen des Rechtssatzes sind, so unbestimmt ist die Rechtsfolge. Diese besagt, daß die Arbeitsverhältnisse der von der Einberufung betroffenen Arbeitnehmer ruhen. Es soll zunächst versucht werden zu klären, ob der Begriff des Ruhens in Lit. und Rspr. schon so weit bestimmt worden ist, daß von einem verwertbaren Auslegungsergebnis ausgegangen werden kann.

Die Stellungnahmen in Lit. und Rspr. zum Problem des Ruhens während des Wehrdienstes[2] sind zwar sehr zahlreich, jedoch für die hier behandelte Problematik nicht sehr ergiebig. Sie erschöpfen sich meist in einer etwas ausführlicheren Wiedergabe des Gesetzesinhalts. Auch die eingehenderen Äußerungen behandeln das Problem oft im Zusammenhang mit anderen Erscheinungsformen des Ruhens, ohne zu differenzieren. Das Problem ist "noch keineswegs völlig abgeklärt und dogmatisch durchdacht"[3].

I. Schrifttum

Die großen Lehrbücher behandeln das Problem des Ruhens - wenn sie es überhaupt unter diesem Problemkreis erörtern - sehr knapp. Die

1) vgl. auch § 11 I; § 17 IV, V ArbPlSchG; § 41 des Gesetzes über den zivilen Ersatzdienst vom 16.7.1965, BGBl. I, 984; s. im übrigen Sahmer, Kommentar, Einführung und Rdnr. 1 - 4 g;
2) im folgenden soll der Begriff "Wehrdienst" als Sammelbezeichnung für den Grundwehrdienst und die Wehrübung verstanden werden;
3) so Röhsler in Betr. 1959, 624;

Schwierigkeiten werden meist darin gesehen, ob das unterbrochene Rechtsverhältnis überhaupt ruht oder nicht etwa aufgelöst wird[1]. Der Begriff des Ruhens allgemein oder in einer besonderen Erscheinungsform wird kaum tiefgehender untersucht.

Hueck[2] kennt z. B. den Begriff des "Ruhens" als terminus technicus überhaupt nicht. Er behandelt das Problem unter dem Kapitel "Vorübergehende Befreiung von der Arbeitspflicht" und dann wieder im Zusammenhang mit Spezialproblemen wie des Kündigungsschutzes[3], die aber hier noch nicht interessieren. Zur Erscheinungsform des v e r e i n b a r t e n Aussetzens der Arbeit sagt Hueck[4]: Durch die Arbeitsaussetzung werde das Arbeitsverhältnis als solches nicht aufgehoben, sondern nur die Arbeits- und Lohnzahlungspflicht vorübergehend suspendiert. Nicht das ganze Vertragsverhältnis, sondern nur die Arbeits- und Lohnzahlungspflichten ruhten. Mit diesen Hauptpflichten ruhten allerdings auch diejenigen sonstigen Pflichten, die mit ihnen im engsten Zusammenhang stünden, wie die Gehorsamspflicht des Arbeitnehmers und die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, soweit sie sich auf die Arbeitsleistung als solche bezögen. Andere Pflichten dagegen, z. B. die Pflicht zur Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen, blieben bestehen.

Wohlgemerkt handelt es sich dabei um eine Äußerung zur v e r e i n b a r t e n Arbeitsaussetzung. Zwar fällt das Stichwort "ruhen" in diesem Zusammenhang, ob daraus jedoch Folgerungen für den Ruhensbegriff nach dem ArbPlSchG gezogen werden können, ist nicht ersichtlich.

Nikisch äußert sich in seinem Lehrbuch direkt zu der Erscheinungsform des ruhenden Arbeitsverhältnisses[5], worunter er folgendes versteht:

---

1) so z. B. beim Arbeitskampf, vgl. Nipperdey-Säcker, BB 1969, 321 mwN; Herschel, Suspendierende und lösende Aussperrung, Betr. 1970, 253 ff.;
2) in Hueck-Nipperdey I, § 34, S. 212 ff.;
3) vgl. aaO, §§ 58 IV, 4; 67 II;
4) aaO, § 34 II, 3; S. 215;
5) Nikisch I, § 47 IV, S. 683 f.;

Die Hauptpflichten, Arbeits- und Lohnzahlungspflicht, werden für eine längere, oft unbestimmte Zeit suspendiert; die durch den Arbeitsvertrag begründeten rechtlichen Beziehungen der Parteien bleiben aber aufrechterhalten und die Betriebszugehörigkeit gilt als fortbestehend. Diese Auffassung entspricht der von Nikisch vertretenen "Eingliederungstheorie"[1], wonach "der Inhalt des Arbeitsverhältnisses sich nicht in dem Austausch von Leistungen erschöpft, sein eigentlicher Kern vielmehr die durch die Aufnahme des Arbeitnehmers in den Betrieb oder den persönlichen Lebensbereich hergestellte persönliche Verbundenheit der Parteien ist. Deshalb sind die Parteien auch während des Ruhens zur Treue und Fürsorge in dem der veränderten Sachlage entsprechenden Umfange verpflichtet"[2].

Es fällt hier schon auf, daß z. B. hinsichtlich der Fürsorgepflicht Nikisch eine andere Auffassung vertritt als Hueck, der die Fürsorgepflicht als suspendiert ansah. Ob die Auffassungen wirklich so unterschiedlich sind, läßt sich jedoch wegen der Knappheit der Äußerungen und der dehnbaren Formel ("in der veränderten Sachlage entsprechendem Umfang") kaum sagen.

Das Handbuch von Bobrowski-Gaul[3] widmet zwar dem Problem "Arbeitsverhältnis und Wehrdienst" einen besonderen Abschnitt[4], doch ist dieser für das Verständnis des Begriffs "Ruhen" auch nicht ergiebiger. Die Autoren verstehen die Gesetzesvorschrift des § 1 I ArbPlSchG dahin, daß das Arbeitsverhältnis durch die Einberufung nicht aufgelöst werde; der Arbeitnehmer bleibe Betriebsangehöriger[5]. Aus dem Ruhen ergebe sich, daß die Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis für die Dauer des Wehrdienstes vorübergehend entfielen. Treue- und Fürsorgepflichten bestünden in einem der veränderten Sachlage entsprechenden Umfange weiter[6].

---

1) vgl. Nikisch I, § 19; RdA 1960, 1;
2) aaO, § 47 IV, S. 684;
3) "Arbeitsrecht im Betrieb";
4) aaO, J II;
5) aaO, J II, 12;
6) aaO, J II, 14/15;

Auch Isele vertritt in seiner Abhandlung "Das supendierte Arbeitsverhältnis"[1] keine davon im wesentlichen abweichende Auffassung. Er bezieht sich bei seiner Darlegung der Erscheinungsform des Ruhens allerdings nicht speziell auf den Wehrdienst, sondern will die Darlegung allgemein auf alle Erscheinungen des Ruhens verstanden wissen[2]. Der Ruhezustand - gleichgültig aus welchem Grund er eintritt - soll das Arbeitsverhältnis nicht aufheben. "Es bleibt vielmehr 'dem Bande nach' bestehen. Das Arbeitsverhältnis ruht auch nicht völlig. Zwar entfallen während der Suspension die Hauptpflichten. Die Nebenpflichten aus einem Wettbewerbsverbot und die Pflicht zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bleiben jedoch bestehen."[3] An anderer Stelle bedient sich auch Isele der häufig verwendeten Formel vom Bestehenbleiben der Nebenpflichten unter Anpassung an die veränderte Sachlage[4].

Röhsler[5] versteht unter dem Begriff des Ruhens die unter "Aufrechterhaltung des rechtlichen Bandes vorübergehende Suspendierung der sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden beiderseitigen Rechte und Pflichten in gewissem Umfang."[6] Im Prinzip weicht Röhsler nicht von den schon dargestellten Meinungen ab. Auch nach seiner Ansicht ruhen im wesentlichen nur die Hauptleistungspflichten. Von den übrigen Pflichten ruhen diejenigen, und das klingt nach einer neuen Argumentation, die nicht unmittelbar den Bestand und das Wiederaufleben des Arbeitsverhältnisses garantieren bzw. bei Nichtausübung oder Nichtbeachtung keine Gefährdung des Arbeitsverhältnisses hervorrufen können[7]. Doch auch Röhsler kehrt zu der "bewährten Formel" zurück: Es findet eine Anpassung an die veränderte Sachlage statt.

---

1) "Festschrift für E. Molitor, 1962, S. 107 ff.;
2) aaO, S. 107/108/110;
3) aaO, S. 107;
4) aaO, S. 109;
5) Betr. 1969, 624 f.; vgl. auch Betr. 1957, 580; 1963, 996/1047;
6) aaO, S. 624;
7) aaO, S. 624;

Auch Albrecht[1] geht ohne nähere Begründung davon aus, daß für die "Annahme eines ruhenden Arbeitsverhältnisses nicht nur die Suspendierung der Arbeitspflicht, sondern auch die der Lohnzahlungspflicht begriffswesentlich ist"[2], also das Ruhen der im Sinne dieser Meinungen sog. "Hauptpflichten".

In der gleichen Richtung liegen die vielfältigen Äußerungen von Sahmer[3]. In seinem Kommentar übernimmt Sahmer die überkommene Meinung[4], nach der "als wesentliche Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis insbesondere die Pflicht des Arbeitgebers Lohn zu zahlen und die Pflicht des Arbeitnehmers zu arbeiten ruhen. Andere Pflichten . . . bleiben - wenn auch nur in gewissem, d. h. in einem infolge des Ruhens der veränderten Sachlage angepaßten Umfange - weiterhin bestehen."[5] Es sollen allerdings abweichende Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers möglich sein[6].

Auch die Dissertation von Heinrich[7] gibt keinen weitergehenden Aufschluß. Heinrich betrachtet das ruhende Arbeitsverhältnis als nicht endgültig aufgelöst, sondern als in einem Schwebezustand befindlich[8]. Es entfallen die Hauptpflichten; die Nebenverpflichtungen bleiben, allerdings abgeschwächt, bestehen, da"sonst das Arbeitsverhältnis jeden Inhalts beraubt wäre"[9]. Da die Dissertation 1954 geschrieben wurde, konnte sich Heinrich noch nicht mit dem ruhenden Arbeitsverhältnis kraft gesetzlicher Anordnung befassen. Es geht deshalb bei ihm mehr darum, was man als

---

1) Das ruhende Arbeitsverhältnis;
2) so wörtlich auf S. 19; vgl. S. 2/3/34/35;
3) s. RdA 1957, 206; ArbuR 1956, 305 ff; Sozialpolitik in Dtschld., Heft 17; ArbR-Blattei, Wehrdienst IV u. den "Kommentar" zum ArbPlSchG;
4) Kommentar, Randnummer 9 ff.;
5) Kommentar, Rdnr. 10/11;
6) aaO, Rdnr. 11a;
7) Detlev Heinrich, Die Suspendierung des Arbeitsverhältnisses, Rechtsgrundlagen u. Rechtsfolgen;
8) aaO, S. 7;
9) aaO, S. 23;

"Suspendierung des Arbeitnehmers" bezeichnet[1], und nicht um das Ruhen des Arbeitsverhältnisses. Für das hier zu behandelnde Problem des Ruhens aufgrund gesetzlicher Regelung gibt also auch diese Abhandlung nichts her, da sich die beiden Erscheinungsformen grundsätzlich unterscheiden[2]. Bei der Suspendierung des Arbeitnehmers handelt es sich um eine vorläufige Dienstenthebung, eine Art Zwangsbeurlaubung kraft einseitiger inhaltlicher Änderung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber[3]. Zwar ist bisher noch nicht geklärt, was das Ruhen nach § 1 I ArbPlSchG eigentlich bedeutet, doch läßt sich schon jetzt sagen, daß es mit der Suspendierung des Arbeitnehmers nicht vergleichbar ist.

Die Schrifttumsübersicht soll hiermit abgeschlossen werden. Es lassen sich zwar noch eine ganze Reihe von Stellungnahmen aufzählen, doch führt auch ihre Darstellung zu keinem anderen Ergebnis[4].

II. Rechtsprechung

Rspr., die sich allein mit der Bedeutung des Ruhens für das Arbeitsverhältnis nach § 1 I ArbPlSchG beschäftigt, ist nicht vorhanden. Die zu den übrigen Problemen des ArbPlSchG ergangene Rspr. ist ebenfalls nicht umfangreich und läßt nur begrenzt Rückschlüsse auf die allgemeine Bedeutung des Ruhens zu.

In einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zu § 6 ArbPlSchG, in der es um die Anrechnung von Wehrdienstzeit auf eine freiwillig gewährte

---

1) s. Isele, aaO, S. 108 mwN;
2) s. dazu auch Hahlweg, Suspendierung des Arbeitnehmers; Woltereck, ArbR-Blattei, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis VII;
3) Heinrich, aaO, S. 25; Hahlweg, aaO, S. 160/20;
4) vgl. z. B. Foerster, Betr. 1957, 405; Schelp, BB 1957, 404; Sommer, ArbSozR 1957, 179; Wiggert, ArbuR 1957, 105; Zwingenberger, Betr. 1964, 477; ders. ArbuSozPol 1965, 45; ders. BlfSt-SozArbR 1965, 140; Boldt in Dtsch. Landesreferate zum V. Internat. Kongreß für Rechtsvergleichung, Brüssel 1958, 145 ff.; Lauer, BB 1968, Beilage 5, 1 ff.; ders. BB 1966, Beilage 10, 1 ff.; Brigmann, ArbGeber 1968, 511 ff.; Röhsler, Betr. 1957, 580 ff.; Leube, Das ruhende Arbeitsverhältnis, 1969;

Ergebnisbeteiligung ging[1], äußert sich das BAG zum Zweck des § 1 I ArbPlSchG: Es sei vom Gesetzgeber nicht gewollt, daß der Arbeitnehmer ohne Arbeitsleistung Bezüge vom Arbeitgeber erhalte[2]. Diese Aussage ist jedoch schon eine Rechtsfolge des Ruhens, dessen Bedeutung dadurch noch nicht geklärt ist.

Aus der Entscheidung des BAG zum Beginn der Sechs-Wochen-Frist für Krankengeld bei ruhendem Arbeitsverhältnis[3] läßt sich folgern, daß das Gericht das ruhende Arbeitsverhältnis nach § 1 I ArbPlSchG als ein Arbeitsverhältnis ansieht, in dem die Hauptpflichten, Arbeitsleistungspflicht einerseits und Gehaltszahlungspflicht andererseits, "nicht voll in Wirkung" sind[4]. In gleichem Sinne ist eine weitere Entscheidung des BAG zu verstehen, die sich vornehmlich mit dem Urlaubsanspruch des aus dem Wehrdienst zurückkehrenden Arbeitnehmers auseinandersetzt[5].

Auch die Rspr. der Untergerichte zum ArbPlSchG befaßt sich ausschließlich mit speziellen Problemen des Ruhens. Die allgemeine Bedeutung des Ruhens wird nur inzidenter und in keinem anderen als dem dargelegten Sinn behandelt.

Es soll deshalb noch geprüft werden, ob sich die Rspr. außerhalb des ArbPlSchG mit dem ruhenden Arbeitsverhältnis intensiver beschäftigt hat.

Es gibt eine große Anzahl von Entscheidungen, die das suspendierte Arbeitsverhältnis betreffen. Zum größten Teil ist diese Rspr. jedoch hier nicht verwendbar, da sie sich auf die "Suspendierung des Arbeitnehmers" im oben[6] erörterten Sinn bezieht. Es handelt sich dabei entweder um Fälle

---

1) BAG Urt. v. 8. 11. 1962 - 5 AZR 112/62 in AP Nr. 1 zu § 6 ArbPlSchG = BAGE 13, 305;
2) Blatt 289 der BAG-Entschdg. in AP Nr. 1 zu § 6 ArbPlSchG;
3) BAG Urt. v. 3. 3. 1961 - 1 AZR 76/60 in AP Nr. 27 zu § 63 HGB;
4) BAG-Urt., aaO, Blatt 964 (R);
5) Urt. v. 23. 6. 1966 - 5 AZR 541/65 in AP Nr. 2 zu § 3 BUrlG "Rechtsmißbrauch";
6) Seite 11;

der sog. "Verdachts-Suspension"[1], also der Dienstenthebung bis zur Klärung irgendwelcher Verdächtigungen gegen den Arbeitnehmer, insbes. strafrechtlicher Art, um eine Suspendierung aus politischen Gründen[2] oder um sonstige Fälle der einseitigen Dienstenthebung durch den Arbeitgeber[3]. Wie schon oben gesehen, lassen sich aus diesen Fällen keine Aufschlüsse für das hier zu behandelnde Problem gewinnen.

Eingehend untersucht das BAG die Erscheinungsform des ruhenden Arbeitsverhältnisses in einem der "Berliner-Altbanken-Urteile"[4]. Das BAG sieht im Hinblick auf die Vertragsfreiheit eine Vereinbarung zwischen den Arbeitsvertragsparteien als rechtswirksam an, nach der "das Arbeitsverhältnis dem Bande nach fortbestehen, der Arbeitnehmer damit alle Rechte aus dem Arbeitsverhältnis behalten solle, nur einstweilen nicht zu arbeiten habe und auch keine Vergütung bekomme."[5] Zweck der Herbeiführung des Ruhens ist nach Ansicht des BAG, das Arbeitsverhältnis zu erhalten. Dadurch können die Berufs- und Dienstjahre auch während der Nichtarbeit angerechnet und dem "Beurlaubten" bestimmte Anwartschaften erhalten werden. Das BAG[6] bejaht auch im Fall des ruhenden Arbeitsverhältnisses den Fortbestand der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. "Diese Fürsorgepflicht ist in dem besonderen Fall des ruhenden

---

1) vgl. BAG Urt. v. 4. 6. 1964 - 2 AZR 310/63 in AP Nr. 13 zu § 626 BGB = BAGE 16, 72; LAG Düsseldorf Urt. v. 5. 6. 1953 - 3 Sa 201/52, Betr. 1953, 616; LAG Düsseldorf Urt. v. 16. 9. 1949 - Sa 337/49 in AP 50, Nr. 97; LAG Mannheim Urt. v. 7. 8. 1951 - Sa 59/51, AP 52, Nr. 200;
2) z. B. LAG Hannover Urt. v. 30. 3. 1948 - Sa 16/48, ARSt II, Nr. 160; LAG München Urt. v. 10. 1. 1950 - I 265/49, AP 51, Nr. 144 = BB 1950, 733;
3) z. B. LAG München Urt. v. 12. 1. 1949 - 146/48, AP 50, Nr. 39; Urt. v. 10. 8. 1949 - I 154/48, AP 52, Nr. 24;
4) Urt. v. 22. 1. 1959 - 1 AZR 535/55, BAGE 7, 197 ff. = AR-Blattei, Arb-Vertrag-Arbeitsverhältnis VII, Entschdg. 1;
5) BAGE, aaO, S. 202;
6) BAGE, aaO und BAG Urt. v. 26. 1. 1959 - 1 AZR 355/55, BAGE 7, 207 ff. (210 f.) = AR-Blattei, Arbeitsvertrag-Arbeitsverhältnis VII, Entscheidung 2;

Arbeitsverhältnisses dahin gestaltet, daß der Arbeitgeber das ihm Zumutbare zu tun hat, um im Interesse seines beurlaubten Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis möglichst bald wieder zu einem lebenden Arbeitsverhältnis zu machen."[1] Das ruhende Arbeitsverhältnis kann nur einverständlich, d. h. insbesondere nicht durch einseitigen Akt des Arbeitgebers oder automatisch nach Wegfall des Suspendierungsgrundes, in ein wieder voll wirksames Arbeitsverhältnis umgewandelt werden[2]. Zusammenfassend läßt sich zu diesen letzten Entscheidungen des BAG sagen, daß zwar die Interessenlage der Beteiligten zur Auslegung der Ruhensvereinbarung herangezogen worden ist, sich zum Verständnis des Ruhensbegriffs jedoch keine neuen Gesichtspunkte ergeben haben. Ergebnis ist auch hier: die "Hauptpflichten" ruhen, die "Nebenpflichten" bleiben weitgehend bestehen, teilweise "besonders gestaltet". Ob allerdings diese Rspr. überhaupt hier verwertet werden kann, erscheint fraglich. Die letztgenannten Urteile haben einen wesentlich anders gelagerten Sachverhalt zur Grundlage, als es beim ArbPlSchG der Fall ist. Es handelt sich um einverständliche, rechtsgeschäftliche Vereinbarungen mit dem Inhalt der Suspendierung. Zwar wird der Ruhens-Begriff einheitlich gebraucht, so daß man davon ausgehen könnte, daß er in allen Fällen die gleiche Bedeutung hat. Ob das der Fall ist, soll im nächsten Abschnitt untersucht werden.

III. Kritik

1. Was zunächst an den Stellungnahmen in Lit. und Rspr. auffällt, ist die apodiktische Art der Äußerungen zur Bedeutung des Ruhens eines Arbeitsverhältnisses, ohne daß dabei eine Begründung angegeben oder vom Sinn und Zweck der Erscheinungsform her argumentiert wird. Davon macht zwar die BAG-Rspr. in den Berliner-Altbanken-Urteilen eine Aus-

---

1) BAGE 7, 207 (211) und BAG Urt.v.3. 9. 1963 - 3 AZR 115/62, BAGE 14, 343 ff. ▪ AP Nr. 1 zu § 611 BGB "Ruhen des Arbeitsverhältnisses" ▪ AR-Blattei, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis, Entschdg. 3;
2) BAGE 14, 343 (346);

nahme[1], doch ist das insoweit nicht relevant, weil diesen Urteilen - wie in diesem Abschnitt näher dargelegt werden wird - hier nicht vergleichbare Fälle zugrunde liegen.

Es wird vor allem in der Lit. ohne nähere Begründung vertreten und als vorgegebenes Ergebnis hingestellt, Ruhen bedeute Suspendierung der Hauptpflichten unter - allerdings verändertem - Fortbestand der Nebenpflichten[2]. Es fehlt nicht nur eine Begründung für diese wenigstens dem Sinn nach überwiegend gebrachte Definition, sie führt auch in der Auslegung nicht viel weiter, da mit der Begriffsbestimmung "Suspendierung der Hauptpflichten" für das Verständnis nichts gewonnen ist und der Inhalt der "Suspendierung" wiederum auslegungsbedürftig ist. Zwar ist nicht gesagt, daß diese überwiegend gebrauchte Formel falsch ist. Wenn man aber gerade die vielfältigen Erscheinungsformen des Ruhens herausstellt[3], ist eine solche legaldefinition-ähnliche Formel problematisch. Es werden nämlich die verschiedenartigen Erscheinungsformen nicht nur aufgezeigt, sondern es wird sogar ausdrücklich betont, die gegebene Definition gelte für alle Erscheinungsformen des Ruhens. Es erfolgt also eine Gleichstellung aller Ruhensformen. So sagt Isele[4] z. B.: "Die verschiedensten Gründe können dazu führen, daß (auch) ein Arbeitsverhältnis in einen vorübergehenden Ruhe- oder Schwebezustand versetzt wird. Wenn auch das EignungsübungsG und das ArbeitsplatzschutzG vom 'Ruhen des Arbeitsverhältnisses' schlechthin sprechen, so handelt es sich doch um eine Suspension in dem eingangs[5] dargelegten Sinne. Es ruhen nämlich während der Schwebezeit nur die Hauptpflichten. Die Nebenpflichten bleiben unter Anpassung an die veränderte Sachlage bestehen."[6]

---

1) vgl. oben S. 13 f.;
2) vgl. z. B. in dieser Formulierung: Nikisch I, S. 683; Röhsler, Betr. 1959, 624; Albrecht, aaO, S. 19; Sahmer, Kommentar, Rdnr. 9 ff.; Leube, aaO, S. 4 f./12;
3) s. z. B. Isele, aaO, S. 107;
4) aaO, S. 107/109;
5) aaO, S. 107;
6) aaO, S. 109;

Auch Sahmer[1] betont, daß § 1 I ArbPlSchG "keine Änderung der hergebrachten Bedeutung des Ruhensbegriffs" gebracht habe, also im dargestellten Sinn zu definieren sei.

2. Der oben geäußerte Verdacht der Gleichstellung ungleicher Fälle erhärtet sich, wenn man nun einige der Erscheinungsformen des Ruhens, für die die einheitliche Definition gelten soll, untersucht. Bei einer genaueren Betrachtung der Fälle, die von der Literatur behandelt und von der Rspr. entschieden worden sind, fällt folgendes auf: Es handelte sich entweder um Fälle der sog. Werksbeurlaubung oder um Fälle der sog. Suspendierung des Arbeitnehmers[2], oder es ging um die Suspendierung im Zusammenhang mit dem Arbeitskampfrecht, d. h. der Aussetzung des Arbeitsverhältnisses durch gemeinsames Handeln der Arbeitnehmer (Streik) bzw. eines Kollektivaktes des Arbeitgebers (Aussperrung). Allerdings ging es im letzten Fall mehr um die Frage, ob überhaupt eine Suspendierung eintritt oder nicht vielmehr eine Lösung der Arbeitsverhältnisse[3].

Die Fälle dürften sich in ihrer Zielsetzung erheblich unterscheiden. Man könnte zwar sagen, gemeinsames Ziel sei immer, das Arbeitsverhältnis nicht zu lösen. Unter diesem Gesichtspunkt wäre es vertretbar, der allen Fällen gemeinsamen Erscheinung einen Oberbegriff zu geben und sie als "Ruhen" zu beschreiben. Doch ist es verfehlt, aus diesem Begriff Rechtsfolgen abzuleiten. Diese können immer nur in jedem Einzelfall nach den besonderen tatsächlichen Gegebenheiten und den beteiligten Interessen bestimmt werden. Die tatbestandlichen Voraussetzungen und damit die Interessen sind jedoch in den geschilderten

---

1) Kommentar, Rdnr. 9, mwN;
2) s. o. S.11; auch genannt: Suspendierung vom Dienst oder vorläufige Dienstenthebung, s. Hahlweg, aaO, S.7;
3) s. zu dem Meinungsstand zwischen "Suspendierungs- und Lösungstheorie" Brox, Nipperdey-Festschrift II, S. 55 ff.; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, § 12 IV mwN; Nipperdey-Säcker, BB 1969, 321 ff. mwN.; neuerdings der Große Senat des BAG, Beschluß vom 21.4.1971 - GS 1/68, NJW 1971, 1668 ff.;

Fällen sehr verschieden. Bei der Werksbeurlaubung[1] (d.h. der Aussetzung des Arbeitsverhältnisses für zumindest einen Teil der Belegschaft eines Betriebes aus betrieblichen Gründen, und zwar auf Grund einer Vereinbarung des Arbeitgebers mit der Belegschaft) steht das Interesse des Arbeitgebers im Vordergrund, sich die Arbeitskraft der Arbeitnehmer, die er aus konjunkturellen Gründen nicht mehr beschäftigen kann, zu erhalten. Deshalb entläßt er sie nicht, sondern vereinbart mit ihnen ein ruhendes Arbeitsverhältnis, z. T. unter - wenn auch geminderter - Weiterzahlung des Lohnes. In bezug auf den Wehrdienst leistenden Arbeitnehmer ist ein solches Arbeitgeberinteresse jedenfalls nicht immer feststellbar. Im Falle eines starken Arbeitskräftemangels könnte es zwar auch zu einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber kommen, die inhaltlich dem ArbPlSchG gleicht, doch sieht es bei hohen Arbeitslosenziffern schon ganz anders aus. Der Arbeitgeber würde nicht oder selten bereit sein, den Arbeitsplatz für die Zeit des Wehrdienstes freizuhalten. Während die vereinbarte Werksbeurlaubung Selbstschutz der Sozialpartner bedeutet, bezweckt das ArbPlSchG allein den Schutz des Arbeitnehmers. Schon wegen dieser Interessenunterschiede sind die beiden Erscheinungsformen des ruhenden Arbeitsverhältnisses nicht vergleichbar[2]. Der Unterschied der Interessenlage bei einem streikenden Arbeitnehmer oder einem Arbeitnehmer, der z. B. wegen Verdachts strafbarer Handlungen "beurlaubt" wird, im Gegensatz zu einem Wehrdienst leistenden Arbeitnehmer ist offensichtlich und braucht nicht näher dargelegt zu werden.

Aber nicht nur die Interessenlage, sondern auch die Form der Herbeiführung des Ruhezustandes führt zu einer Unvergleichbarkeit der Fälle

---

1) vgl. z. B. den klassischen Fall des sog. "Dürener Abkommens" vom 28. 2. 1923, Nachweise bei Isele, aaO, S. 112 ff.; Albrecht, aaO, S. 2 ff.; Rohlfing, JW 1932, 1235 ff.; Hahlweg, aaO, S. 17;
2) s. auch Siebert, Arbeitsverhältnis und Kriegsdienst, S. 39;

untereinander. Wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer einverständlich vereinbaren, welche Rechte und Pflichten ruhen bzw. aktiv weiterbestehen sollen (Werksbeurlaubung) oder dies durch einseitigen Akt des Arbeitgebers geschieht (Suspendierung des Arbeitnehmers) oder durch tatsächliches kollektives Verhalten der Arbeitnehmer, so kann man die Rechtsfolgen nicht ohne weiteres auf einen Fall übertragen, in dem zwingend gesetzlich angeordnet wird, das Arbeitsverhältnis ruhe während des Wehrdienstes.

Z. T. wird auch die Erscheinungsform des "Sonderurlaubs" in die Fälle der ruhenden Arbeitsverhältnisse eingereiht. Das geschieht in der Methode auf zweierlei Weise. Entweder wird untersucht, ob die Hauptpflichten ruhen und die Nebenpflichten bestehen bleiben. Je nach Ergebnis entscheidet man sich dann für oder gegen einen Ruhezustand. Oder man geht in umgekehrter Weise vor: Es wird vorgegeben, daß ein ruhendes Rechtsverhältnis vorliegt, und man folgert dann auf die Rechtsfolge des Ruhens der Hauptpflichten und des Fortbestandes der Nebenpflichten[1]. Auch die Fälle des Sonderurlaubs können hier wegen der Verschiedenartigkeit der Interessenlage nicht herangezogen werden. Denn z. B. die Übernahme des ehrenamtlichen Arbeits- oder Sozialrichteramtes, das an lange im Voraus festgelegten Zeitpunkten und höchstens für einen Tag ausgeübt wird, ebenso wie die Freistellung des Betriebsratsmitgliedes von der Arbeit, um der Betriebsratstätigkeit besser nachkommen zu können, und auch die Freistellung der werdenden Mutter können nicht mit der Arbeitsaussetzung wegen Wehrdienstes gleichgestellt werden[2].

---

1) ein Musterbeispiel dieser Verwechslung von Voraussetzungen und Rechtsfolge bietet die Untersuchung von Albrecht zu den verschiedenen Arten des Sonderurlaubs; vgl. S. 19 ff., in denen die "induktive" Methode angewandt wird; S. 2 ff./31 ff.: "deduktive" Methode;

2) auch die überwiegende Meinung nimmt hier nicht in allen Fällen ein ruhendes Rechtsverhältnis an, jedoch nicht wegen unterschiedlicher Interessenlage, vgl. Albrecht, aaO, S. 19 ff.;

Höchstens der Fall des Beamten, der mit Übernahme eines Abgeordnetenmandats in den Ruhestand tritt[1], könnte mit dem Fall der Einberufung zum Wehrdienst verglichen werden. Aufgrund der Gesetzesmaterialien zum "Rechtsstellungsgesetz", der geschichtlichen Entwicklung und nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung ergibt sich jedoch eindeutig, daß der Gesetzgeber diese Vorschriften nur aus Gründen der Einhaltung der Gewaltentrennung (hier: Inkompatibilität) aufgestellt hat[2].

Es erscheint also sehr fraglich, ob man eine einheitliche Bestimmung des Begriffs "Ruhen" treffen kann, wie es überwiegend getan worden ist[3]. Zumindest bedürfte es dazu einer Rechtfertigung und Begründung, die aber fehlt. Es ist zwar zweckmäßig, einheitliche und möglichst umfassende Begriffe und Bezeichnungen zu finden. Doch sollte das nicht dazu führen, allein aus dem Begriff die Rechtsfolge abzuleiten und sie dann auf all die Fälle, für die man den "Sammelbegriff" gebildet hat, um die gemeinsame Erscheinungsform grob einzuordnen und zu charakterisieren, zu übertragen. Das liefe dem Bestreben zuwider, Begriffe möglichst scharf, d. h. dem jeweilig zugrundeliegenden Interesse gemäß, abzugrenzen und danach die Rechtsfolge zu bestimmen. Andernfalls würde man zu einem Gefangenen des Begriffs[4], obwohl er nur "dienende Funktion" haben soll. Die Erscheinungsformen der Arbeitsaussetzung und ihre Bezeichnung als "ruhendes Arbeitsverhältnis" darf deshalb nicht dazu führen, alle diese Fälle der Arbeitsunterbrechung im Hinblick auf die Rechtsfolge auch gleich zu behandeln. Jeder Fall muß individuell und nach seinen Bedürfnissen, d. h. den zugrundeliegenden Zielsetzungen, untersucht

---

1) s. dazu das "Rechtsstellungsgesetz" vom 4. 8. 1956 (BGBl. I, 777);
2) Nachweise bei Schumann, ZBR 1962, 97 (101 ff.); Nilges, ZBR 1962, 104 ff.;
3) auch Leube, Das ruhende Arbeitsverhältnis, der sich dieses Ziel gesetzt hat (vgl. Einleitung, S. 1), kann nur eine sehr allgemeine Begriffsbestimmung liefern (s. z. B. S. 137 f.), die für die Lösung spezieller Fragen kaum befriedigend ist;
4) dafür ist Albrecht, aaO, ein gutes Beispiel, s. S. 19 (unter II), S. 33 (unter 2), S. 34 (unter 5);

werden[1]. Das lassen die Stellungnahmen, insbes. in der Lit., vermissen. Das BAG versucht im Berliner-Altbanken-Urteil[2] zwar eine Interessenbewertung, doch kann diese wegen der anderen Interessenlage hier nicht verwendet werden.

Dieser Verzicht bzw. dieses Unterlassen einer jeweiligen interessengemäßen Analyse führt dazu, daß man gezwungen war, eine Formel zu finden, die wegen ihrer Flexibilität alle Fälle umfaßt, jedoch stets unklar ist. Je nachdem ob man ein Recht oder eine Pflicht ruhen oder fortbestehen lassen will, bezeichnet man es bzw. sie als ein Haupt- oder Nebenrecht bzw. eine Haupt- oder Nebenpflicht. Das wird z. B. bei Isele deutlich[3], wenn er sagt: "Zwar entfallen während der Suspension die Hauptpflichten, nämlich die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers und die Lohn- oder Gehaltszahlungspflicht des Arbeitgebers, in der Regel auch die Ansprüche auf Gratifikation und Gewinnbeteiligung...." Es ist nicht ohne weiteres verständlich, warum gerade die Ansprüche auf Gewinnbeteiligung und Gratifikation ruhen sollen. Zwar soll dies nach Iseles Meinung deswegen so sein, weil sie zu den Hauptrechten zählen. Doch ist das ohne Begründung nicht verständlich und zeigt nur, wie flexibel die Formel tatsächlich gehandhabt wird. Man weiß auch nicht, ob alle Arten der Gratifikation vom Ruhen erfaßt werden. Ebenso unklar ist die Formulierung von der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses "dem Bande nach"[4], da unverständlich bleibt, was das "Band" des Arbeitsverhältnisses ist. Für die Nebenpflichten hat man eine ebenso dehnbare Formel gefunden, die jeden Ausweg zuläßt, nämlich die von der "Anpassung an die veränderte Sachlage"[5]. Diese Formulierung ist insofern brauchbar, als sie die verschiedenartigen Sachlagen und die Notwendigkeit einer Berücksichtigung dieser Unterschiede anerkennt. Doch kann man ihr nicht entnehmen,

---

1) so auch Hahlweg, aaO, S. 25 ff. bei Abgrenzung der verschiedenen Fälle;
2) BAGE 7, 197 (202);
3) aaO, S. 107;
4) so z. B. BAGE 7, 197 (202) und dem folgend Isele, aaO, S. 107;
5) s. die Nachweise in § 2;

ob die Sachlage bei allen ruhenden Arbeitsverhältnissen als einheitlich verändert gilt oder ob je nach Ursache des Ruhens auch die Sachlage unterschiedlich verändert ist. Auch fehlen Maßstäbe für die Anpassung. Mag zwar die Formel nicht falsch sein, so bedarf sie doch noch einer eingehenden Konkretisierung. Mit ihr allein läßt sich nicht arbeiten.

3. Abgesehen von dieser flexiblen, aber sehr unklaren Formulierung vom Ruhen der Haupt- und Fortbestehen der Nebenpflichten lassen sich gegen die Unterscheidung noch andere wesentliche Bedenken geltend machen.

a) Sie wird zum einen der Funktion von Rechtssätzen nicht gerecht. Wenn man nämlich behauptet, Ruhen bedeute Nichtbestehen von Hauptpflichten, Bestehenbleiben von Nebenpflichten, und diese Definition überall dort anwendet, wo ein Rechtsverhältnis ruht, müßte man davon ausgehen können, daß immer der gleiche Tatbestand vorliege. Das ist aber erwiesenermaßen nicht der Fall. Wenn man dennoch die Bedeutung des Ruhens einheitlich bestimmt, übersieht man, daß die Parteien einer Vereinbarung und der Gesetzgeber in seinen Anordnungen "die Freiheit haben müssen, die tatbestandlichen Voraussetzungen im Hinblick auf die verschiedenen Rechtsfolgen verschieden zu bestimmen, den einheitlichen 'natürlichen' Grundtatbestand (die Suspendierung des Arbeitsverhältnisses) unter dem Gesichtswinkel der jeweiligen Rechtsfolgen immer wieder anders anzusehen und zu beurteilen"[1], also das Ruhen bald in der einen Weise und bald in der anderen Weise aufzufassen. Durch die undifferenzierte Bestimmung des Ruhensbegriffes besteht deshalb die Gefahr, daß man der Erscheinungsform in ihrer jeweiligen Besonderheit nicht gerecht wird.

b) Dieser prinzipielle Einwand wird vermehrt durch einen speziellen. Einmal ist es bei den vielfältigen Pflichten im Arbeitsverhältnis äußerst schwierig, diese in die Gruppierung von Haupt- und Nebenpflichten einzuordnen. Zum anderen ist die von der überwiegenden Meinung bereits

---

1) s. Engisch, Einführung, S. 17;

vorgenommene Einordnung insbesondere der Treue- und Fürsorgepflichten kaum haltbar. Schon 1934 stellte Dietz[1] fest: "Der Arbeitsvertrag erschöpft sich nicht in der Verpflichtung zur Leistung von Arbeit und zur Zahlung des Entgelts. An Stelle der römischen locatio conductio operarum (Dienstmiete) beherrscht wieder die alte deutsche Auffassung eines Treudienstvertrages das Arbeitsverhältnis... Fließen doch alle Einzelverpflichtungen aus diesem personenrechtlich bestimmten Verhältnis, das sein Gepräge durch die Fürsorge- und Treupflicht erhält. Man muß die privatrechtliche Fürsorgepflicht in mancher Hinsicht weiter spannen als bisher... Auf der anderen Seite muß auch die Treupflicht des Dienstverpflichteten erheblich weitergesteckt werden als bisher"[2]. Und einige Auflagen später heißt es[3]: "Aus diesem Arbeitsverhältnis entspringt für beide Teile die Pflicht gegenseitiger Treue, die für den Unternehmer vor allem in der Form der Fürsorgepflicht in Erscheinung tritt. Auch Lohn- und Arbeitspflicht sind gleichsam nur Konkretisierung dieser Treupflicht, aus der alle Einzelpflichten entspringen."[4] Hier wird also geradezu eine Umkehrung der Haupt- und Nebenpflichten vertreten. Nun mögen einem zwar diese Gedanken insoweit suspekt sein, als sie aus einer ganz bestimmten Zeit stammen, in der der Treue- und Gefolgschaftsgedanke sehr groß geschrieben wurde[5]. Doch hat man heute - nach einer Aussonderung des brauchbaren Gedankenguts aus dieser Zeit - die Anerkennung der zentralen Stellung der Fürsorge- und Treuepflicht als einen echten Fortschritt der Dogmatik erkannt und beibehalten[6]. Denn die Treuepflicht als solche ist nicht originär Ausfluß nationalsozialistischen

---

1) Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 3. Auflage, Einleitung S. 4 ff.;
2) aaO, S. 4 ff.;
3) 6. Aufl., Einleitg. S. 6;
4) vgl. in gleichem Sinn, Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG, § 2 Rdnr. 11/14/16;
5) vgl. §§ 1/2 AOG;
6) Wiedemann, Arbeitsverhältnis, S. 5 ff. (7); Hueck, Treuegedanke, S. 13 ff.;

Gedankenguts, sondern auch schon vor 1933 anerkannt gewesen[1]. Die Treue- und Fürsorgepflicht ist deshalb anerkanntermaßen von "maßgebender Bedeutung für das Arbeitsverhältnis"[2]. Man kann diese Pflichten also eher als Haupt-, denn als Nebenpflichten bezeichnen[3], wenn man diese Unterscheidung überhaupt beibehalten will. Die Unterscheidung scheint jedenfalls in der dargestellten Einteilung nicht nur dogmatisch unhaltbar, sondern auch begriffsjuristisch. Da man das Begriffspaar als Unterscheidungskriterium für die ruhenden und die aktiv weiterbestehenden Rechte und Pflichten aufgestellt hat, ist man gezwungen, alle auftauchenden Probleme in dieses Schema einzubeziehen. Die objektive Interessenbewertung wird zugunsten eines Begriffssystems geopfert. Dabei ist noch nicht einmal eine dogmatisch saubere und der Rechtsklarheit entsprechende Lösung gefunden.

Im folgenden soll deshalb der Versuch unternommen werden, durch eine genaue Auslegung des Ruhensbegriffs in § 1 I ArbPlSchG die Bedeutung dieser Erscheinungsform soweit zu klären, daß eine allgemeine Richtung aufgezeigt wird und Ordnungsgesichtspunkte gefunden werden, die eine Beantwortung ganz konkreter Fragen möglich machen.

§ 4 Eigene Stellungnahme zum Ruhensbegriff

Die Auslegung des Ruhensbegriffs iSd § 1 I ArbPlSchG geschieht nach folgenden Auslegungskriterien: Wortsinn (I.), historische Entwicklung (II.), Gesetzeszweck (III.).

I. Wortsinn (grammatische Auslegung)

Es soll hier auf den Ruhensbegriff eingegangen werden, wie er nach allgemeinem (1.) und juristischem (2.) Sprachgebrauch auszulegen ist.

---

1) s. Hueck-Nipperdey I, § 37 Anm. 2 (S. 241) mwN; Nikisch I, § 34 I, 1 (S. 446);
2) Hueck-Nipperdey I, aaO; Nikisch I, aaO;
3) so ausdrücklich Wiedemann, aaO, S. 7 (mwN); vgl. auch Meissinger AR-Blattei, Treuepflicht I, Übersicht unter A I; Dersch, Festschrift für Herschel, S. 73;

1. Im allgemeinen Sprachgebrauch kann man unter "ruhen" mehrerlei verstehen: ausruhen, ruhig sein, ruhen auf etwas, auf sich beruhen, ruhender Pol, die Toten ruhen. Die Bedeutung ist im speziellen Zusammenhang eine jeweils völlig verschiedene. Es muß deshalb auch schon bei der Auslegung nach dem allgemeinen Sprachgebrauch darauf abgestellt werden, in welchem Zusammenhang das Wort "ruhen" gebraucht wird. Es bezieht sich hier auf das Arbeitsverhältnis. Nun ist der Arbeitsverhältnisbegriff sehr ambivalent und sehr viel Theorienstreit mit ihm verbunden. Auf all das soll hier nicht eingegangen werden. Es fragt sich im Rahmen der wörtlichen Auslegung nur, ob gerade die Bezugnahme auf das Arbeitsverhältnis von Bedeutung ist. Jedenfalls wollte der Gesetzgeber wohl mit der Anordnung des Ruhens nicht zu dem Theorienstreit Stellung nehmen, der darum geht, durch welchen Akt das Arbeitsverhältnis begründet wird[1]. Ob allerdings durch die Wahl des Begriffs "Arbeitsverhältnis" im Gegensatz z. B. zu "Arbeitsvertrag" eine positive Aussage getroffen werden sollte, geht aus dem bloßen Wortlaut nicht mit letzter Klarheit hervor. Es ist wahrscheinlich, daß der Gesetzgeber den Begriff Arbeitsverhältnis gewählt hat, um die Gesamtheit der Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu erfassen. Diese Beziehungen bestehen im Gegensatz zu einem sich einmalig abwickelnden Austauschschuldverhältnis in einem lebendigen Prozeß, der aus einem auf einem Vertrag aufbauenden Dauerrechtsverhältnis herrührt und sich durch ständig wiederholende und erneuernde wechselwirksame Verpflichtungen auszeichnet. Durch den Begriff "Arbeitsverhältnis" wird also - besser als z. B. durch "Arbeitsvertrag" - das "organische Element" der Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer getroffen. Durch die Bezugnahme des Ruhens auf das Arbeitsverhältnis wird deshalb die Bedeutung des Ruhens eher in dem Sinne von "ruhender Organismus" als in dem von "Totenruhe" zu verstehen sein. Damit kennzeichnet der allgemeine Sprachge-

---

1) s. dazu Metzmaier, Die Eingliederungstheorie und die Lehre vom Arbeitsverhältnis, 1968, mwN;

brauch das Ruhen des Arbeitsverhältnisses als einen Zustand, der zwar "lebendig" ist, doch sich nur beschränkt weiterentwickelt. Es ist ein gewisser latenter oder schwebender Zustand, der nur vorläufigen Charakter hat. Die normalerweise bestehenden Funktionen sind eingeschränkt. Welche Funktionen das im einzelnen sind, läßt sich nach dem allgemeinen Sprachgebrauch des Wortes 'ruhen' nicht sagen. Dazu ist eine genaue Untersuchung der Art des "Organismus" notwendig. Es steht nur so viel fest, daß die Rechtsbeziehungen zwar eingeschränkt sind, aber jedenfalls die Funktionen des Dauerschuldverhältnisses weiterbestehen müssen, die garantieren, daß der Prozeß nicht ganz zum Erliegen kommt und erneut in Gang gesetzt werden muß, sondern ohne Schwierigkeiten wieder voll aufleben kann.

2. Zur näheren Klärung des Ruhensbegriffs soll sein Gebrauch im spezifisch juristischen Wortsinn untersucht werden. In der Verordnung zur Abänderung und Ergänzung von Vorschriften auf dem Gebiete des Arbeitsrechts (vom 1.9.1939, RGBl. I, 1683)[1] tauchte erstmals in der Gesetzessprache für das Arbeitsverhältnis der Ausdruck "ruhen" auf. § 1 der Verordnung gibt einigen Aufschluß darüber, wie der Gesetzgeber diesen Begriff verstanden haben wollte:"Durch die Einberufung zu einer Dienstleistung im Wehrdienst wird ein bestehendes Beschäftigungsverhältnis (Arbeits-, Lehrverhältnis) nicht gelöst. Die beiderseitigen Rechte und Pflichten ruhen für die Dauer der Einberufung". Ähnlich lautet die Formulierung in § 7 I 2 des Heimkehrergesetzes (vom 19.6.1950, BGBl. I, 221, i.d.F.v.23.12.1956, BGBl. I, 1018). Das Eignungsübungsgesetz lautet in § 1 I 1 nahezu ebenso wie das ArbPlSchG. Ob man durch diese Verwendungen des Ausdrucks "ruhen" schon von einem speziellen Sprachgebrauch des Gesetzgebers sprechen kann, erscheint zweifelhaft. Jedenfalls wäre hierdurch nicht viel gewonnen, da auch dieser Sprachgebrauch weiter auslegungsbedürftig ist. Er ist jedoch ein Indiz für die Auslegung.

---

1) auszugsweise abgedruckt bei Nipperdey, Arbeitsrecht Nr. 158;

Es bestätigt sich, daß das Ruhen nicht zur völligen Lösung des Arbeitsverhältnisses führt. Es soll in einem veränderten Zustand, der beiderseitige Rechte und Pflichten betrifft, weiterbestehen. Dieser Zustand wird jedoch nicht weiter beschrieben, sondern eben als ruhend bezeichnet.

Auch das BGB spricht in den §§ 1673 ff. vom "Ruhen", nämlich vom Ruhen der elterlichen Gewalt. Damit ist bestimmt, daß die elterliche Gewalt der Substanz nach zwar besteht, aber nicht ausgeübt werden kann[1]. Auch hier kann man also von einem Schwebezustand sprechen, der dem Ruhen in § 1 I ArbPlSchG ähnlich ist. Neue Ansatzpunkte zum Verständnis des Ruhensbegriffs sind jedoch dadurch nicht gefunden.

So ergibt die Klarstellung nach dem Sprachgebrauch (sei es der allgemeine oder juristische) nur eine "Grenze der Auslegung; innerhalb der Grenze sind verschiedene Auslegungen möglich. Welche hier zutrifft, muß nach anderen Kriterien entschieden werden"[2]. Es konnte nur die "ungefähre Schwankungsbreite"[3] des Begriffs umrissen werden. Durch den Begriff des Ruhens soll ein Schwebezustand bezeichnet werden. Das Arbeitsverhältnis wird nicht aufgelöst. Welchen Einfluß dieser Schwebezustand auf das Arbeitsverhältnis hat, muß durch andere Auslegungsmethoden, insbesondere eine Klärung der "rechtspolitischen Zwecksetzung"[4] herausgefunden werden.

II. Historische Interpretation

Als Vorbereitung auf die Auslegung nach Sinn und Zweck sei hier ein Überblick über die historische Entwicklung des Problems gegeben, wie der Gesetzgeber die Kollision von Arbeitsverhältnis und Wehrdienst gelöst hat, insbesondere, welche grundsätzlichen Gesichtspunkte für ihn dabei maßgeblich waren. Die Untersuchung setzt mit einer Darstellung der

---

1) Soergel-Siebert-Lange, BGB, § 1673, Anm. 2;
2) Larenz, Methodenlehre, S. 302;
3) Larenz, aaO;
4) Bartholomeyczik, aaO, S. 40;

Verhältnisse seit dem 1. Weltkrieg ein und endet bei den "Vorläufern" des ArbPlSchG. Es werden dann Schlußfolgerungen für die Auslegung des ArbPlSchG gezogen.

1. Der Gesetzgeber wurde nach Beendigung des 1. Weltkrieges mit dem Problem der arbeitslosen Kriegsteilnehmer konfrontiert. Sie waren insofern arbeitslos, als der Kriegsdienst ihre Arbeitsverhältnisse hatte erlöschen lassen. Es gab nämlich keine Rechtsvorschriften, die den Kriegsteilnehmern den Arbeitsplatz gesichert hätten. Das Bedürfnis dazu war bis dahin nicht aufgetreten. Der Staat half deshalb dem zurückgekehrten arbeitslosen Kriegsteilnehmer mit der Schaffung eines Anspruchs gegen den Arbeitgeber auf bevorzugte Wiedereinstellung. Diese Pflicht des Arbeitgebers war zunächst für Arbeiter und Angestellte je in einer besonderen Verordnung geregelt. Beide Verordnungen wurden dann verschmolzen und bildeten die rechtliche Grundlage für die Wiedereinstellungspflicht[1]. Hierbei handelt es sich um eine privatrechtliche Pflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer wiedereinzustellen[2].

Ohne schon genau geklärt zu haben, was ein ruhendes Arbeitsverhältnis, ausgelöst durch Kriegs- und Wehrdienst, bedeutet, ist doch deutlich geworden, daß hier kein ruhendes Arbeitsverhältnis vorlag.

2. Die Zeit der Weimarer Republik bietet keine Ansatzpunkte für eine historische Interpretation, da wegen des weitgehenden Verbots der Wie-

---

1) "Verordnung über die Einstellung und Entlassung von Arbeitern während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung" vom 12. 2. 1920, RGBl. I, 218; umfangreicher Nachweis bei Kaskel, Das neue Arbeitsrecht, § 14, S. 53;

2) s. Kaskel, aaO, § 14, S. 53/54; Albrecht, aaO, S. 31/32; vgl. auch Siebert, Arbeitsverhältnis und Kriegsdienst, S. 21;

deraufrüstung auch keine Wehrpflicht bestand. Dafür ist die Zeit vor Kriegsbeginn und während des 2. Weltkrieges umso ergiebiger. Es gab nicht nur die Wehrpflicht, sondern eine ganze Anzahl öffentlicher Dienstverpflichtungen. Es soll hier nur auf die wichtigsten Gesichtspunkte hingewiesen werden[1].

a) Vor Ausbruch des Krieges bestand eine unterschiedliche Behandlung der Arbeitsverhältnisse, je nachdem, ob es sich um die Erfüllung der aktiven Dienstpflicht bei der Wehrmacht handelte oder um die Einberufung zu Übungen bei der Wehrmacht. Für den ersteren Fall galt die Verordnung über Fürsorge für Soldaten und Arbeitsmänner (Fürsorge-Verordnung) vom 30.9.1936 (RGBl. I, 865) i.d.F. vom 29.12.1937 (RGBl. I, 1417). Nach § 1 dieser Verordnung erlosch das Arbeitsverhältnis mit demAusscheiden aus dem Betrieb. Es bestand ein Anspruch gegen den Staat auf Sorge für eine bevorzugte Stellenvermittlung (§ 2 der Fürsorgeverordnung)[2]. Ein Anspruch privatrechtlicher Art gegen den alten Arbeitgeber auf Wiedereinstellung bestand also nicht. Im Fall der Wehrübung sah die Verordnung über die Einberufung zu Übungen der Wehrmacht vom 15.3.1939 (RGBl. I, 609) eine Beurlaubungspflicht des Arbeitgebers für die Wehrübenden vor, ohne daß das Entgelt weitergezahlt wurde. Ob hier ein ruhendes Arbeitsverhältnis vorlag, ist fraglich[3]; jedenfalls bediente sich der Verordnungsgeber nicht des Begriffs "ruhen", so daß für die hier vorzunehmende Auslegung des Begriffs nur entwicklungsmäßige Gesichtspunkte entnommen werden können. Aus der Entwicklung von der Fürsorgeverordnung zur Verordnung über die Arbeitsverhältnisse bei Wehrübungen kann man entnehmen, daß bei Wehrübungen die

---

1) s. umfassendere Darstellung, insbes. der einzelnen Rechtsvorschriften, bei Siebert, Arbeitsverhältnis und Kriegsdienst, S. 13 ff.; Albrecht, aaO, S. 32 ff.;
2) s. Albrecht, aaO, S. 32;
3) Albrecht, aaO, S. 33, sieht das beurlaubte Arbeitsverhältnis inhaltlich als ruhendes an, da die beiderseitigen Hauptpflichten suspendiert sind;

Arbeitsverhältnisse nicht gelöst wurden. Dadurch war eine reibungslose Wiederaufnahme der Arbeit möglich. Der öffentlich-rechtliche Anspruch auf bevorzugte Stellenvermittlung konnte Verzögerungen in der Arbeitsfortsetzung und auch Nachteile bringen, da durchaus nicht gesagt war, daß der Arbeitnehmer zu seinem alten Arbeitgeber vermittelt wurde. Bei den kurzen Wehrübungen war man anscheinend der Meinung, daß es zum Vorteil des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber zuzumuten war, das Arbeitsverhältnis nicht erlöschen zu lassen und damit den Arbeitnehmer nach der Übung ohne Neuabschluß eines Arbeitsvertrages wiedereinstellen zu müssen. Es zeichnete sich also eine Entwicklungstendenz dahingehend ab, unter zumutbarer Belastung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer zu schützen und ihn die Nachteile des Wehrdienstes (iwS) so wenig wie möglich spüren zu lassen.

b) Diese Tendenz zeigte sich dann mit Ausbruch des 2. Weltkrieges sehr deutlich. Die Unterschiede zwischen Einberufung zur Erfüllung der aktiven Dienstpflicht und zu Übungen in der Wehrmacht fielen weg. Alle eingezogenen Arbeitnehmer sollten gleichbehandelt werden. Zu diesem Zweck bestimmte die Verordnung zur Abänderung und Ergänzung von Vorschriften auf dem Gebiet des Arbeitsrechts (Arbeitsrechtsabänderungsverordnung) vom 1.9.1939 (RGBl. I, 1683) in § 1: "Durch die Einberufung zu einer Dienstleistung im Wehrdienst wird ein bestehendes Beschäftigungsverhältnis (Arbeits-, Lehrverhältnis) nicht gelöst. Die beiderseitigen Rechte und Pflichten ruhen für die Dauer der Einberufung". Diese neue Regelung stellte zumindest eines klar: Die Rechtsfolge der Fürsorgeverordnung sollte vermieden werden, d. h. die Arbeitsverhältnisse aller einberufenen Arbeitnehmer sollten bestehen bleiben. Zum anderen sollte - wenn sich auch sachlich nichts geändert haben mag - die mögliche Sprachverwirrung durch den Begriff "Beurlaubung" in der Verordnung über die Einberufung zu Wehrmachtsübungen ausgeschlossen werden. Durch den Begriff "Ruhen" wurde gekennzeichnet, daß es sich um eine Arbeitsunterbrechung eigener Art handelte. Man wollte die besondere Interessenlage des einberufenen Arbeitnehmers erfassen. Der

Arbeitnehmer sollte "die Gewißheit haben, daß er mit der Stätte seiner bisherigen Arbeit verbunden bleibt, so daß er nach Rückkehr aus dem Felde, ohne erst darum bitten zu müssen, da weiterarbeiten kann, wo er aufgehört hat"[1].

c) Die übrigen Rechtsquellen, von denen hier nur einige erwähnt werden sollen, werden z. T. vom gleichen Grundgedanken beherrscht. Die Arbeitnehmer sollen durch Erfüllung öffentlicher Pflichten in arbeitsrechtlicher Sicht so wenig wie möglich benachteiligt werden. Die Durchführungsverordnung über die Fortführung des Reichsarbeitsdienstes für die männliche Jugend während des Krieges vom 10.4.1940 (RGBl. I, 626) bestimmte die entsprechende Anwendung der Arbeitsrechtsabänderungsverordnung, also das Ruhen der Arbeitsverhältnisse. Auch die Verordnung über das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses bei Räumung oder Freimachung von gefährdeten Gebieten vom 9.4.1940 (RGBl. I, 624) sprach in § 1 I ausdrücklich vom "Ruhen" der beiderseitigen Rechte und Pflichten[2], während zeitlich früher erlassene Verordnungen noch von "Beurlaubung" sprachen[3].

3. Nach dem 2. Weltkrieg bestand eine andere Lage als nach dem 1. Weltkrieg, denn inzwischen war die Rechtsentwicklung dahin gegangen, daß das Arbeitsverhältnis durch den Kriegsdienst oder ähnliche Dienstverpflichtungen nicht mehr erlosch. Allerdings war ein neues Problem entstanden. Sehr viele Arbeitnehmer konnten nach Ende des Krieges ihre Arbeitsverhältnisse nicht wiederaufnehmen, da sie in Gefangenschaft

---

1) Siebert, Arbeitsverhältnis und Kriegsdienst, S. 21;
2) s. Albrecht, aaO, S. 35 f.;
3) s. z. B. die Verordnung über kurzfristigen Wehrdienst bei der Luftwaffe vom 7.5.1942 (RGBl. I, 280); sog. Notdienstverordnung v. 15.10.1938 (RGBl. I, 1441); sog. Dienstpflichtverordnung vom 13.2.1938 (RGBl. I, 206) mit Durchführungsverordnung v. 2.3.1939 (RGBl. I, 403); weitere Nachweise bei Albrecht, aaO, S. 32 ff. und Siebert, aaO, S. 22 ff.;

geraten waren, die u. U. sehr lange dauerte. Nach der Arbeitsrechtsabänderungsverordnung ruhte das Arbeitsverhältnis aber nur für "die Dauer der Einberufung". Es bestand also die Gefahr, daß durch die Gefangenschaft das Arbeitsverhältnis erlosch.

Zur Lösung des Problems der Wiedereingliederung der aus der Kriegsgefangenschaft heimkehrenden Wehrmachtsangehörigen und der ihnen gleichgestellten Personen erging deshalb das Gesetz über Hilfsmaßnahmen für Heimkehrer (Heimkehrergesetz) vom 19.6.1950 (BGBl. I, 221)[1]. Nach § 7 I dieses Gesetzes "lebt" das Arbeitsverhältnis eines Heimkehrers, das wegen "fremden Gewahrsams" (Gefangenschaft) oder wegen "Überführung des Heimkehrers in ein ziviles Arbeitsverhältnis im Gewahrsamsland" erloschen war, "rückwirkend wieder auf", wenn sich der Heimkehrer nach seiner Rückkehr unverzüglich beim Arbeitgeber zurückmeldet. Es wird z. T. vertreten, die Arbeitsrechtsabänderungsverordnung sei durch das Heimkehrergesetz zwar nicht außer Kraft gesetzt worden, jedoch praktisch überholt[2]. Das ist nicht zutreffend. Die Arbeitsrechtsabänderungsverordnung betraf nur die Zeit des Wehr-, Kriegs- und ähnlichen Dienstes, während das Heimkehrergesetz vornehmlich die Zeit nach dem Krieg erfassen will, in der der Arbeitnehmer wegen Gefangenschaft etc. nicht arbeiten konnte. Insofern ergänzen sich die Rechtsvorschriften[3], wenn sie sich auch teilweise überschneiden. In der Zielsetzung stimmen sie jedoch überein, da beide Gesetze das Arbeitsverhältnis zum Schutz des Arbeitnehmers ruhen lassen, und zwar für eine u. U. ziemlich lange und nicht überschaubare Zeit. Es sei noch darauf hingewiesen, daß das Heimkehrergesetz zum Schutz des Arbeitnehmers zu einem Mittel gegriffen hat, das auch nach dem 1. Weltkrieg hätte ange-

---

1) i. d. F. der Änderungsgesetze vom 30.10.1951 (BGBl. I, 875/994), vom 17.8.1953 (BGBl. I, 931) und vom 23.12.1956 (BGBl. I, 1018);
2) so Albrecht, aaO, S. 34, Fußnote 203; S. 37; Gros, AR-Blattei, Heimkehrer I, Sicherung des Arbeitsplatzes, unter C;
3) so auch Draeger, HeimkehrerG, § 7, Vorbem.

wandt werden können. Daß dies damals nicht geschah, kennzeichnet die fortgeschrittene Rechtsentwicklung auf dem Gebiet des Arbeitsplatzschutzes.

4. Mit dem Wiederaufbau deutscher Streitkräfte in den Jahren 1955 und 1956 entstanden neue Kollisionen zwischen privatem (wirtschaftlichem) Interesse an Arbeitskräften und sicheren Arbeitsplätzen und öffentlichem Interesse an sachkundigen Personen, die beim Aufbau der Bundeswehr helfen sollten. Hierzu war man auf Freiwillige aus den Kreisen ehemaliger Berufssoldaten angewiesen, die als Stammpersonal für die Ausbildung künftiger Soldaten zuständig sein sollten[1]. Die Einstellung dieser Freiwilligen erfolgte, da das Soldatengesetz noch nicht erlassen war, aufgrund des "Gesetzes über die vorläufige Rechtsstellung der Freiwilligen in den Streitkräften" (Freiwilligengesetz) vom 23.7.1955 (BGBl. I, 449). Die ersten vier Monate der Dienstzeit galten danach als Eignungsübung, da die Frage der dauernden Weiterverwendung des Freiwilligen im militärischen Dienst zunächst ungewiß war und von dem Ergebnis der Leistungen während dieser Zeit abhing. Darum sah sich der Gesetzgeber genötigt, Vorschriften über die Behandlung der Beschäftigungsverhältnisse zu erlassen, aus denen der Freiwillige zum Zweck der Teilnahme an einer Eignungsübung herausgelöst wurde. Im Fall der Rückkehr durfte ihm kein Nachteil im Berufsleben entstehen. § 3 des Freiwilligengesetzes ordnete deshalb das Ruhen des Arbeitsverhältnisses und ein Kündigungsverbot des Arbeitgebers an. Das Freiwilligengesetz hatte aber nur vorläufigen Charakter, da es die Zeit vom Beginn des Wiederaufbaus der Streitkräfte bis zum Erlaß umfassender wehrgesetzlicher Vorschriften überbrücken sollte. Es wurde abgelöst durch das "Gesetz über den Einfluß von Eignungsübungen der Streitkräfte auf Vertragsverhältnisse der Arbeitnehmer, Handelsvertreter sowie auf Beamtenverhältnisse" (Eignungsübungsgesetz)[2]

---

1) s. BT-Drucksache II/1591, S. 5;
2) durch § 11 III Eignungsübungsgesetz; vgl. auch § 8 Freiwilligengesetz und § 73 Soldatengesetz vom 19.3.1956 (BGBl. I, 114);

vom 20.1.1956 (BGBl. I, 13) i.d.F.v. 30.3.1961 (BGBl. I, 303), das auch heute noch gilt und weitgehend Vorbild für das ArbPlSchG war. Auch das Eignungsübungsgesetz bedient sich der Rechtsfigur des ruhenden Arbeitsverhältnisses (§ 1 I), um dem Eignungsübenden, der sich freiwillig zum Dienst in der Bundeswehr verpflichtet, arbeitsrechtlichen Schutz zukommen zu lassen. Denn seine Verwendung als Soldat ist zunächst noch ungewiß und wird vom Ergebnis der Eignungsübung abhängig gemacht. Könnte sich aber jemand als Freiwilliger zum Dienst in der Bundeswehr nur melden, wenn er zuvor sein Arbeitsverhältnis beendet hätte, ohne genau zu wissen, ob er endgültig bei der Bundeswehr angenommen würde, meldete sich wohl kaum noch jemand als Freiwilliger[1]. Es wird deshalb dem Arbeitgeber zugemutet, den Arbeitnehmer für die Dauer der Eignungsübung freizustellen und ihn wieder zu beschäftigen, wenn er nicht bei der Bundeswehr bleibt.

5. Aus den Überlegungen im historischen Überblick sollen nun - soweit dies möglich ist - Schlußfolgerungen gezogen werden, um ein besseres Verständnis für den Ruhensbegriff[2] im ArbPlSchG zu gewinnen.

Es ist deutlich geworden, daß das ruhende Arbeitsverhältnis kein aufgelöstes Arbeitsverhältnis ist. Denn es wurde in den Vorschriften, die als erste vom Ruhen sprachen, ausdrücklich gesagt, daß das bestehende Arbeitsverhältnis nicht gelöst werde, sondern ruhe. Diese Formulierung wurde vom ArbPlSchG und auch vom EignungsübungsG schon nicht mehr

---

1) s. zum ganzen auch Sahmer, Eignungsübungsgesetz, Einleitung, S. 9 f. /12 f.;

2) es sei darauf hingewiesen, daß das ArbPlSchG zunächst anders geplant war als die jetzt vorliegende Form. Der 1. Entwurf zum ArbPlSchG vom 20.6.1956 sah die gleiche Rechtslage vor, wie vor dem 2. Weltkrieg (Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Grundwehrdienst, aber bevorzugte Stellenvermittlung; Ruhen bei Wehrübung); der 2. Entwurf wollte zur Wiedereinstellungspflicht zurückkehren; erst der 3. Entwurf vom 20.10.1956 sah das Ruhen bei allen Wehrdienstarten vor und setzte sich damit gegen die Bedenken der arbeitgeberischen Interessenvertretungen durch;

übernommen, sondern lediglich vom Ruhen gesprochen. Es ist zu vermuten, daß das Weiterbestehen des Arbeitsverhältnisses als selbstverständlich vorausgesetzt wurde und man diese Voraussetzung im Begriff des Ruhens miteingeschlossen sah. Außerdem wird durch die jetzige Fassung im ArbPlSchG eine leicht zu Mißverständnissen Anlaß gebende Formulierung vermieden. In den älteren Vorschriften wurde nämlich gesagt, das Arbeitsverhältnis erlösche durch den Wehrdienst o. ä. nicht; während dieser Zeit ruhten aber die beiderseitigen Rechte und Pflichten. Daraus ließe sich folgern, das ruhende Arbeitsverhältnis sei doch ein quasi gelöstes, da keinerlei Rechte und Pflichten mehr bestünden. Diese Schlußfolgerung hätte aber den Gesetzestext zu wörtlich genommen und den Sinn der Regelungen außer acht gelassen. Die Vorschriften sind nur dann sinnvoll ausgelegt, wenn man nicht alle Rechte und Pflichten ruhen läßt[1]. Denn es ist keine vernünftige Lösung, das Arbeitsverhältnis zwar fortbestehen zu lassen, aber sämtliche Rechte und Pflichten als nichtbestehend anzusehen. Diese "Lösung" würde zu Konflikten führen, die den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährden könnten. Stellte man Arbeitnehmer und Arbeitgeber von all den Pflichten frei, die ihnen in der Regel auferlegt sind, und verhielten sie sich auch dementsprechend ungebunden, würde das Arbeitsverhältnis zwar nicht sofort zerbrechen, da nach dieser Auslegung eine Nichtbeachtung der sonst bestehenden Pflichten keine Pflichtwidrigkeit bedeutete. Das Arbeitsverhältnis würde aber sicherlich sofort nach Beendigung des Ruhezustandes oder nicht lange danach gelöst werden, denn das - damals nicht pflichtwidrige - Verhalten ist tatsächlich nicht ungeschehen zu machen und wirkt auch noch in die Zukunft. Der Schutz des Arbeitnehmers soll aber nicht nur für die Vergangenheit wirken, sondern insbesondere auch für die Zukunft. Das Bestreben, den Arbeitnehmer optimal zu schützen[2] - dies ist aus der historischen Entwicklung der fortlaufend verbesserten Rechtsstellung des Arbeitnehmers seit dem 1. Weltkrieg deutlich geworden - bedingt den Fortbestand von

---

1) s. dazu Siebert, Arbeitsverhältnis und Kriegsdienst, S. 39 f.;
2) das geht auch aus der Bezeichnung des Gesetzes hervor;

Pflichten. Welche Rechte und Pflichten im einzelnen fortbestehen, kann auch nach der historischen Auslegung noch nicht gesagt werden. Es steht danach - in Übereinstimmung mit der Auslegung nach dem Wortsinn - nur fest, daß wenigstens so viele Rechte und Pflichten weiterbestehen bleiben müssen, um den Bestand des Arbeitsverhältnisses zu garantieren. Erst eine eingehende Analyse der beteiligten Interessen kann genauen Aufschluß über die Art und den Umfang dieser Rechte und Pflichten geben. Denn: "Die Rechtswissenschaft ist ihrer Form nach Begriffsjurisprudenz, ihrem Inhalt nach Interessenjurisprudenz"[1].

III. Gesetzeszweck

1. Methodische Grundlage

Die Definition eines Rechtsbegriffs ist nur dann sinnvoll, wenn die soziale Gestaltungsfunktion des Rechts, d.h. die hinter dem Rechtsbegriff stehenden rechtspolitischen Zwecke erkannt und bei der Auslegung des Begriffs berücksichtigt werden. Ob man diese Auslegung nach der rechtspolitischen Zwecksetzung nun "Interessenjurisprudenz" oder "Wertungsjurisprudenz" nennt[2], bleibt sich gleich. Denn die überkommene Methode der Interessenjurisprudenz, die das "Interesse" sowohl als Bewertungsgegenstand als auch als gesetzlichen Bewertungsmaßstab sowie als Kausalfaktor für die gesetzliche Regelung ansah, dürfte überwunden sein[3]. Es kann zwar nicht geleugnet werden, daß das Gesetz "menschliche, soziale, konkrete oder grundsätzliche Interessenkollisionen" regelt[4], doch ist es notwendig, den Interessenbegriff (iSv "Begehrensvorstellungen, die die Parteien haben oder haben müssen, wenn sie die ihnen günstige Rechtsfolge anstreben"[5]) von den gesetzlichen Bewertungsmaßstäben abzugrenzen. Mit der Hervorhebung der Einzelinteressen und ihrer Analyse allein

---

1) Bartholomeyczik, aaO, S. 63;
2) Larenz, Methodenlehre, S. 128 ff. (130 f.);
3) Larenz, aaO, S. 128; Westermann, Interessenkollisionen, S. 4;
4) Larenz, aaO, S. 131;
5) Westermann, aaO, S. 4;

ist es also nicht getan, wenngleich sie nicht überflüssig wird. Es gilt, die "objektiven Rechtswerte"[1], die "Ordnungsgesichtspunkte" aufzufinden, die für die jeweilige Interessenbewertung maßgebend sind und zu der "konkreten Entscheidung des Interessenkonflikts geführt haben"[2]. Die Ermittlung der Bewertungsfaktoren ist also Aufgabe der hier vorzunehmenden Auslegung des Gesetzesbegriffs. Dabei sollen die Vorstellungen der an der Gesetzgebung beteiligten Personen ebenfalls berücksichtigt werden[3]. Nur durch eine derartige Erforschung der Gebotsvorstellungen des Gesetzgebers (als sog. "subjektive Gesetzesauslegung" bezeichnet) läßt sich eine Ermittlung der gesetzlichen Bewertungsfaktoren vornehmen. Alle anderen Methoden laufen Gefahr, eigene Wertungen in das Gesetz hineinzulegen[4].

2. Gesetzgeberische Bewertungsmaßstäbe

Die Darstellung beginnt mit einer möglichst vollständigen Ermittlung und Beachtung der Interessen privater und öffentlicher Art, die der Gesetzgeber vorgefunden hat, um dann zu den "Richtigkeitsgedanken"[5] vorzudringen, die für die Regelung maßgeblich waren.

a) Zunächst sollen die von der Rechtssetzungsentscheidung Betroffenen und ihre "Begehrungsvorstellungen" festgestellt werden.

Hauptbetroffene sind die wehrpflichtigen Arbeitnehmer. Sie werden durch den Wehrdienst in mehr oder weniger starkem Maße aus ihrem normalen Arbeitsleben gerissen, und das zu Zeitpunkten, die sie sich nicht aussuchen können, die ihnen sehr ungelegen sind, z. B. kurz vor einer

---

1) Larenz, aaO, S. 131;
2) Reinhardt-König, Richter und Rechtsfindung, S. 17 ff.;
3) diese könnten auch getrennt bewertet werden, doch soll hier der in der Rspr. geläufigen Methode gefolgt werden; vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 310; Reinicke, NJW 1951, 681 ff.; 1952, 1033 ff.; 1955, 1380 ff. als Nachweis für die Auslegungsgrundsätze der Rspr.;
4) s. dazu und zur "subjektiven Auslegung": Brox, Irrtumsanfechtung, S. 102 ff. (104);
5) s. Bartholomeyczik, aaO, S. 48;

Beförderung mit Lohnerhöhung. Ihr "Interesse" geht also dahin, durch den Wehrdienst möglichst keine, zumindest wenige Nachteile in ihrer arbeitsrechtlichen Stellung zu erleiden. Es besteht also ein Begehren, die konkrete Position, die der Arbeitnehmer in finanzieller und sozialer Hinsicht erlangt hat, mit allen "Anwartschaften" auch während des Wehrdienstes zu erhalten, wenn nicht sogar fortentwickeln zu lassen und außerdem eine reibungslose Wiedereingliederung in den Zivilberuf zu gewährleisten. Dieses Interesse besteht um so mehr, als es eine ziemlich starke Ungleichheit bei der Einberufung zum Wehrdienst gibt und die eingezogenen Arbeitnehmer gegenüber den wehrpflichtigen, aber nicht einberufenen nicht benachteiligt werden wollen.

Dem steht das Interesse der Arbeitgeber entgegen, in deren Betrieben der einberufene Arbeitnehmer beschäftigt ist. Der Arbeitgeber will durch den Wehrdienst des Arbeitnehmers so wenig wie möglich belastet werden. Anders stellt sich die Interessenlage bei Arbeitskräftemangel dar. Dann ist es möglich, daß der Arbeitgeber alles tut, um den Arbeitnehmer an seinen Betrieb zu binden, insbesondere, wenn es sich um einen kurzfristigen Wehrdienst (z. B. dreimonatige Wehrübung) handelt und der Arbeitnehmer eine qualifizierte Arbeitskraft ist. In Zeiten großer Arbeitslosigkeit dagegen wird der Arbeitgeber frei werdende Arbeitsplätze ungern offenhalten, da ihm eine große Auswahl an Arbeitskräften zur Verfügung steht. Die Position des Wehrdienst leistenden Arbeitnehmers ist also je nach Interessenlage des Arbeitgebers, und d. h. je nach Wirtschaftslage, sehr verschieden.

Neben den privaten Interessen ist das "öffentliche Interesse" zu beachten. Es hat zwei Aspekte. Zum einen soll durch Einführung der Wehrpflicht die Verteidigungskraft der Bundesrepublik gestärkt werden. Es liegt deshalb im öffentlichen Interesse, gut ausgebildete Soldaten zu erhalten. Das ist nach den im Moment vorherrschenden Auffassungen nur durch eine länger dauernde Wehrpflicht (früher 12, jetzt 18 Monate) mit anschließen-

den kürzeren Wehrübungen zu erreichen[1]. Der wehrpflichtige Arbeitnehmer muß für diese Zeit aus dem Beschäftigungsverhältnis ausscheiden. Dadurch entsteht - zum anderen - ein Konflikt mit dem weiteren öffentlichen Interesse am Erhalt der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und an allem, was damit verbunden ist (sozialer Frieden und soziale Gerechtigkeit, hohe Beschäftigungszahlen, gute Konjunktur etc.). Diese privaten und öffentlichen Interessen stehen in Widerstreit miteinander.

b) Die Lösung dieses Spannungsverhältnisses durch das ArbPlSchG läßt die Bewertungsmaßstäbe des Gesetzgebers erkennen und gibt Aufschlüsse über den Ruhensbegriff.

Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes geht das Bestreben des Gesetzgebers hervor, zu einem ausgewogenen Verhältnis von zivilen und militärischen Faktoren zu kommen. Der Arbeitnehmer soll durch den Wehrdienst so wenig Nachteile wie möglich erleiden. So wurde in der Dritten Lesung des Gesetzes betont:"..., daß die Sicherung des Arbeitsplatzes und die Wiedereingliederung in den Zivilberuf für den entlassenen wehrpflichtigen Soldaten ein unabdingbares Recht sein muß"[2]. In ähnlichem Sinne äußert sich die Begründung des Entwurfs der Bundesregierung zum ArbPlSchG[3]: Den Vorschriften "liegt der Gedanke zugrunde, daß einem Wehrpflichtigen durch die Einberufung zum Wehrdienst keine beruflichen Nachteile entstehen dürfen. Vor allem soll dem Einberufenen sein Arbeitsplatz erhalten bleiben, so daß er im Anschluß an den Wehrdienst seine zivile Tätigkeit fortsetzen kann". Hervorstechendster gesetzlicher Bewertungsfaktor ist also die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers, und

---

1) Diskussionen über eine Abschaffung oder Verkürzung der Wehrpflicht sind de lege lata deshalb unberücksichtigt zu lassen. Sie sind außerdem mehr von politischen, als von rechtlichen Motiven bestimmt;
2) so der Abgeordnete Schmidt, s. Verhandlungen des 2. Dtsch. Bundestages, 199. Sitzung, Stenographische Berichte Band 35, S. 11298 ff. (11300);
3) Verhandlungen des 2. Dtsch. Bundestages, Anlagen zu den stenographischen Berichten, Drucksache 3117 (Band 48), S. 8 ff.;

zwar im Hinblick auf die Erhaltung des Arbeitsplatzes. Zwar durchzieht das gesamte Arbeitsrecht das Anliegen, den Arbeitnehmer zu schützen[1], doch liegt dem ArbPlSchG und speziell der Vorschrift des § 1 I eine besondere Bewertung der Position des einberufenen Arbeitnehmers zugrunde. Sie wird bestimmt von der Erkenntnis, daß die Ableistung des Wehrdienstes ein Hindernis für den Arbeitnehmer ist, in seinem Beruf weiterzukommen, und ihm "unverschuldet" seine bisher erworbene Lebensgrundlage verschlechtert. Diesen Nachteil kann man billigerweise nicht - wenigstens nicht allein - dem Arbeitnehmer auferlegen. Sowohl die Allgemeinheit, die die Ableistung des Wehrdienstes verlangt, als auch der Arbeitgeber müssen deshalb zumutbare Belastungen auf sich nehmen.

Neben dem Schutzprinzip als bestimmendem Bewertungsmaßstab kommt ein weiterer Faktor hinzu, der den Gesetzgeber zu der Regelung veranlaßt hat. Man könnte ihn zwar auch unter das Schutzprinzip fassen, doch wird er vornehmlich vom Gedanken der Gleichbehandlung getragen. Der Gesetzgeber sah nämlich die Gefahr einer Benachteiligung der Arbeitnehmer im Vergleich zu den Beamten und Richtern, die zum Wehrdienst einberufen werden. Beamte und Richter können nach den Grundsätzen des Beamtenrechts aus Anlaß der Einberufung zum Wehrdienst nicht aus ihren Dienstverhältnissen entlassen werden. Die Gründe für eine Beendigung des Beamtenverhältnisses sind in den §§ 28 - 51 des Bundesbeamtengesetzes vom 22.10.1965 (BGBl. I, 1776) bzw. in den §§ 21 - 32 Beamtenrechtsrahmengesetz vom 22.10.1965 (BGBl. I, 1754) abschließend aufgezählt. Ein Entlassungsgrund wegen Einberufung zum Wehrdienst besteht nicht. Dies stellt § 9 IV ArbPlSchG noch einmal ausdrücklich fest. Für den Arbeitnehmer gab es einen solchen Schutz vor Entlassung nicht. Dazu bedurfte es einer besonderen Regelung, die mit dem ArbPlSchG vorgenommen worden ist. "Jeder Wehrpflichtige soll hinsichtlich seines Arbeitsplatzes den gleichen Schutz genießen"[2].

---

1) s. Nikisch I, § 5 I, 1 (S. 30) mwN; Hueck-Nipperdey I, § 7;
2) s. BT-Drucksache II/3117, S. 9 f.;

Von diesen grundsätzlichen Bewertungsfaktoren lassen sich weitere konkrete ableiten, die näheren Aufschluß über die Bedeutung des Ruhens geben. Es kommt zum Ausdruck, was schon dem Wortsinn und der historischen Interpretation zu entnehmen war, daß das ruhende Arbeitsverhältnis ein fortbestehendes Arbeitsverhältnis ist. Da dies dem Schutz des Arbeitnehmers dienen soll, kann man daraus zweierlei entnehmen: einmal den Vorteil, nach dem Wehrdienst nicht nach Gutdünken des Arbeitgebers ohne Arbeit auf der Straße zu stehen oder einen neuen Arbeitsvertrag abschließen zu müssen; zum anderen werden dadurch dem Arbeitnehmer idR die Vorteile erhalten, die sich an ein Arbeitsverhältnis knüpfen. Damit wird gleichzeitig auch die dem Arbeitgeber zugemutete Belastung deutlich. Er muß den Arbeitnehmer für die Zeit des Wehrdienstes freistellen, ohne ihn entlassen zu können, und ihm nach dem Wehrdienst den alten Arbeitsplatz wiedereinräumen und ihn rechtlich weitgehend so stellen, "wie wenn er nicht einberufen worden wäre"(1). Es wird jedoch jeweils genau zu prüfen sein, daß die "Opfergrenze" für den Arbeitgeber nicht überschritten wird. Diese dem Arbeitgeber vom Gesetzgeber zugemutete Belastung wird deutlich aus der zuerst geplanten Fassung des ArbPlSchG. Danach sollte das Arbeitsverhältnis bei längerem Fernbleiben (also insbes. beim Grundwehrdienst) beendet werden. Die Arbeitgeber hielten eine Ruhezeit für untragbar. Der Gesetzgeber entschied sich aber für eine unterschiedslose Behandlung des Wehrdienstes und ordnete das Ruhen auch für den Grundwehrdienst an. Dies geschah aus der Erwägung, daß das Ruhen für den Arbeitgeber auch Vorteile bringt. Der Arbeitgeber kann dadurch besser disponieren. Denn im Gegensatz zum Wiedereinstellungsanspruch schafft das Ruhen die Gewißheit, daß der Arbeitnehmer zu einem vorhersehbaren Zeitpunkt an seinen Arbeitsplatz zurückkehrt. Das Ruhen hat also "Kündigungsersatz-"(2) und Arbeitsplatzschutzfunktion.

---

1) Bundestagsdrucksache II/3117, S. 8;
2) Leube, aaO, S. 123 f./136 f.;

Die Gewährung so vieler Rechte zum Schutz des Arbeitnehmers ist nicht möglich ohne den Fortbestand gewisser Pflichten. Das wurde schon durch die bisherigen Auslegungsmethoden festgestellt: Wenn das Arbeitsverhältnis fortbestehen soll, können nicht alle Pflichten aufhören zu bestehen, einige müssen aktiv fortwirken. Auch die Bewertungsmaßstäbe, die hinter dem Gesetzeszweck stehen, sprechen für diese Auslegung. Sollen dem Arbeitnehmer die Vorteile erhalten bleiben, die sich an ein bestehendes Arbeitsverhältnis knüpfen, so können die damit verbundenen Pflichten nicht völlig außer acht gelassen werden. Und soll der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber freigestellt und nach dem Wehrdienst ohne weiteres wieder an dem früheren Arbeitsplatz eingestellt werden, so muß er sich so verhalten, daß dem Arbeitgeber dies zumutbar ist. Der Fortbestand und die Weiterentwicklung des Arbeitsverhältnisses und das Wiederaufleben nach dem Wehrdienst verlangen vom Arbeitnehmer (und auch vom Arbeitgeber) Beachtung der Pflichten, die dieses Ziel des Ruhens garantieren und bei Nichtbeachtung eine Gefährdung des Arbeitsverhältnisses hervorrufen würden[1]. Bei der Auslegung nach dem Wortsinn[2] und der historischen Entwicklung[3] konnte nur gesagt werden, daß während des Ruhezustandes diejenigen Pflichten fortbestehen müssen, die den Bestand und das Wiederaufleben des Arbeitsverhältnisses garantieren. Was das für Pflichten sind, läßt sich nur von der Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses her beantworten. Denn auch im Ruhezustand müssen die Strukturelemente des Arbeitsverhältnisses beachtet werden. Wenn der Gesetzgeber den Ruhensbegriff dem Arbeitsverhältnis zuordnet, läßt sich von einer Untersuchung des Zuordnungspunktes her auch der Ruhensbegriff näher definieren[4].

Die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses ist vieldeutig[5]. Der Begriff verlockt zu einer Stellungnahme zum Streit um die Begründung des Arbeits-

---

1) so auch Röhsler, Betr. 1959, 624;
2) s. o. unter § 4 I;
3) s. o. unter § 4 II;
4) so auch Leube, aaO, S. 2;
5) s. z. B. Hueck, JhJb 74, 358 (360 ff.); auch: Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S. 379 ff. (in rechtspolitischer Hinsicht); Siebert, Arbeitsverhältnis, S. 31 ff.;

verhältnisses, charakterisiert mit den Stichworten "Vertrags-" und "Eingliederungstheorie". Doch abgesehen davon, daß hierzu schon genug gesagt ist[1], würde eine Stellungnahme verfehlt sein, da es hier nicht um das Problem der Begründung des Arbeitsverhältnisses, sondern um das Charakteristische eines bestehenden, aber ruhenden Arbeitsverhältnisses geht. Auch die Gesetzesmaterialien zum ArbPlSchG geben keinen Anlaß, auf den Theorienstreit einzugehen. Der Gesetzgeber wollte mit dem Begriff weder für noch gegen eine der Theorien Stellung nehmen. Das Arbeitsverhältnis ist deshalb hier als das Rechtsverhältnis aufzufassen, das zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber besteht und idR durch den Arbeitsvertrag begründet wird[2]. Das ist die neutralste Begriffsauffassung, die auch dem Ziel des Gesetzgebers dient.

Ein auch heute noch umstrittenes Merkmal dieses Rechtsverhältnisses soll jedoch herausgegriffen werden, da es zur Klärung des Ruhensbegriffs beitragen kann. Das Besondere des Dauerschuldverhältnisses "Arbeitsverhältnis" wird überwiegend darin gesehen, daß es sich nicht im Austausch der Leistungen erschöpft, sondern personale Bindungen aufweist, ja ein "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis" sei[3]. Auch diese Meinung birgt die Gefahr in sich, in Theorienstreit und in Erörterung weltanschaulicher Grundfragen zu verfallen[4]. Auf "Richtiges",

---

1) s. Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, BGB, § 611 Vorbem. 39, mwN für beide Meinungen; Metzmaier, Eingliederungstheorie und Lehre vom Vertragsverhältnis; Wiedemann, Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, S. 4 f. mwN, nur als Auswahl aus dem großen Schrifttum zu diesem Problemkreis;

2) so selbst Nikisch I, § 19 II, 1 (S. 164) mwN, als Vertreter der Eingliederungstheorie; Leube, aaO, S. 2 f.;

3) s. dazu aus dem umfangreichen Schrifttum mwN Wiedemann, aaO, S. 1 - 8, mit Aufzeigung der Entwicklung; Mavridis, RdA 1956, 444; Leube, aaO, S. 3 f.;

4) z. B. das zu "begriffjuristischen Zauberkunststücken" (Wiedemann, aaO, S. 25) führende wechselseitige Herleiten des Gemeinschaftsverhältnisses aus dem Treuegedanken und umgekehrt; s. dazu z. B. Hueck, Treuegedanke, S. 12 ff.; rechtspolitisch: Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S. 379 ff.;

"Falsches" oder "Gefährliches" an der Meinung vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis soll deshalb nicht näher eingegangen werden. Es sei nur Skepsis gegenüber den Vertretern dieser Auffassung angemeldet. Zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern eine Gemeinschaft zu erblikken, bedeutet eine gewisse Idealisierung und ein Übersehen der Interessengegensätze[1].

Es läßt sich jedoch nicht leugnen, daß das Arbeitsverhältnis stärkere und umfassendere Verhaltensanforderungen an die Vertragsparteien stellt als andere Rechtsverhältnisse. Diese Anforderungen resultieren aus der Fremdbestimmtheit der Arbeit des Arbeitnehmers und seiner Einbeziehung in eine fremde, arbeitsteilige Organisation[2]. Daraus entspringt eine gewisse Gemeinschaftsbezogenheit, die sich in der "Wahrnehmung der Interessen des anderen Teils in jeder zumutbaren Weise"[3] ausdrückt; auf Seiten des Arbeitgebers in Form eines umfangreichen Schutzes des Arbeitnehmers, auf Seiten des Arbeitnehmers in Form einer "Förderung der arbeitgeberischen Gesamtarbeitsaufgabe"[4]. Es wird demnach ein Gesamtverhalten gefordert, das eine Pflicht zu gemeinschaftstreuem Verhalten (im eben definierten Sinn) beinhaltet[5]. Dieses Verhalten betrifft nicht nur die Haltung nach außen. Auch eine "innere Einstellung", die in einer "Gesinnung" gegenseitigen Vertrauens zum Ausdruck kommt, ist dazu erforderlich[6]. Ein gewisses Maß an Vertrauen

---

1) s. dazu Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, aaO, § 611, Vorbem. 34 f./300; Soergel-Wlotzke-Volze, BGB, § 611, Vorbem. 6 ff. (8/12); Mavridis, RdA 1956, 444; Farthmann, RdA 1960, 5 ff.; Pinther, ArbuR 1961, 225 jeweils mwN für die vertretene und die gegenteilige Meinung; s. auch Hueck-Nipperdey I, § 22 II, der den Begriff des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses zu präzisieren versucht. Das macht jedoch deutlich, wie mißverständlich der Begriff sein kann; s. Schwerdtner, ZRP 1970, 62 ff. mwN, der die Meinung einer Ideologiekritik unterzieht;
2) s. Söllner, Arbeitsrecht, S. 11;
3) Soergel-Wlotzke-Volze, aaO, § 611, Vorbem. 8/12; so auch Leube, S. 3 f.;
4) Soergel-Wlotzke-Volze, aaO;
5) so auch Wiedemann, aaO, S. 28/32;
6) Wiedemann, aaO, S. 29; im Ergebnis so wohl auch Hueck-Nipperdey I, § 22 II (S. 129 ff.), der im übrigen ein Vertreter der Auffassung vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis" ist;

wohnt zwar jedem Schuldverhältnis inne, doch ist es im Arbeitsverhältnis besonders intensiv ausgestaltet[1]. Es rechtfertigt sich darin, daß der Arbeitnehmer nicht nur einzelne konkrete Arbeitsleistungen verspricht, sondern den Einsatz seiner Person[2]. Diese persönliche Hingabe verlangt vom Arbeitnehmer Förderung der unternehmerischen Interessen innerhalb und außerhalb des Betriebes, vom Arbeitgeber Rücksichtnahme auf die Persönlichkeit des Arbeitnehmers. Da das Arbeitsverhältnis durch den Wehrdienst nicht gelöst wird, kann der Arbeitgeber auch während dieser Zeit ein gemeinschaftstreues Verhalten vom Arbeitnehmer verlangen. Allerdings beschränkt es sich durch die Ausgliederung aus dem Betrieb auf das überbetriebliche Verhalten. Könnte der Arbeitgeber dies nicht verlangen, wäre eine Wiederbeschäftigung des Arbeitnehmers, der sich während des Wehrdienstes gegen die arbeitgeberischen Interessen eingesetzt hat, unzumutbar.

Es lassen sich also beim Arbeitsverhältnis zwei Ebenen unterscheiden: die der betrieblichen Organisation mit dem Austausch von Arbeitsleistung und Vergütung und die der persönlichen Verbundenheit der Vertragspartner, die sich auch außerbetrieblich äußert. Zwar sind die Ebenen bei einem aktiven Arbeitsverhältnis nicht getrennt, sondern verlaufen ineinander. Beim ruhenden Arbeitsverhältnis wird das Vorhandensein dieser Ebenen jedoch deutlich. Denn es bleiben diejenigen Pflichten aktiv bestehen, die sich auf Erhalt der persönlichen vertrauensvollen Verbundenheit beziehen. Würde das gegenseitige Vertrauen durch Nichtbeachtung der ihm dienenden Pflichten zerstört oder gefährdet, wäre der Bestand des

---

1) auf die Frage, inwieweit auf das Arbeitsverhältnis BGB-Regeln anwendbar sind, soll hier nicht eingegangen werden; s. dazu Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, aaO, § 611, Vorbem. 31 ff.; Leube, aaO, S. 2 f.; Potthoff, Arbeitsrecht 1922, Spalten 267/268 ff.;

2) so schon Potthoff, Arbeitsrecht 1922, Spalten 271/272; Hueck, Treuegedanke, S. 13, Isele, JurJhb 1967/68, S. 63 (64). Insoweit kann man von einer "Personenbezogenheit" sprechen; s. Farthmann, RdA 1960, 5 ff.; Söllner, Arbeitsrecht, S. 22; auch dies will Schwerdtner, aaO, S. 64 ff. anscheinend leugnen, ohne jedoch eine überzeugende Alternative anzubieten;

Arbeitsverhältnisses und sein Wiederaufleben in Frage gestellt. Das liefe dem Zweck des Ruhens zuwider. Das gemeinschaftstreue Verhalten kann von beiden Seiten verlangt werden. Allerdings sind die Pflichten des Arbeitgebers zur Erhaltung des Vertrauensverhältnisses natürlicherweise während des Ruhens geringer als die des Arbeitnehmers. Denn jene beziehen sich zum großen Teil auf den Arbeitnehmer in seiner konkreten betrieblichen Stellung, von der er während des Wehrdienstes freigestellt ist. Die entsprechenden Pflichten des Arbeitnehmers sind mehr überbetrieblicher Art und bleiben auch während des Wehrdienstes bestehen.

Bei der Ermittlung der gesetzgeberischen Bewertungsfaktoren ging es darum, die Pflichten näher zu charakterisieren, die während des Wehrdienstes aktiv bestehen bleiben, und damit den Ruhensbegriff so festzulegen, daß allgemeine Maßstäbe für die Lösung aller Einzelfragen gewonnen werden konnten. Anhand dieses Auslegungsaspektes ergibt sich, daß das Ruhen im wesentlichen nur die Ebene des Arbeitsverhältnisses ergreift, auf der sich der reine Austausch der Leistungen und die betriebliche Organisation, mit den damit verbundenen Folgen, abspielt[1].

2. Kapitel: Rechtsfolgen des Ruhens, dargestellt an Fallgruppen

Es war Aufgabe der bisherigen Untersuchung, den Ruhensbegriff in seiner allgemeinen Bedeutung zu verstehen, indem insbesondere die gesetzgeberischen Bewertungsfaktoren aufgezeigt wurden, die für das Begriffsverständnis maßgeblich sind. Sie sollen nun in konkreten Beispielen angewandt werden. Das geschieht in der Weise, daß innerhalb der Fallgruppen zunächst auf die im Gesetz geregelten und dann auf ungeregelte Fälle eingegangen wird, die anhand der gesetzlichen Bewertungsfaktoren zu lösen sind. Dabei werden die geregelten Fälle nicht näher behandelt. Sie dienen

---

1) vgl. auch Leube, S. 137 f., der das ruhende Arbeitsverhältnis zwischen vollwirksamem Bestand und Auflösung der arbeitsvertraglichen Beziehungen einordnet, d. h. Wegfall der synallagmatischen Verknüpfung bei uneingeschränkter Wirksamkeit des "personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses";

lediglich dazu, die aus der Systematik der gesetzlichen Regelung zu entnehmenden Argumente aufzuzeigen und für die ungeregelten Fälle heranzuziehen. "Ungeregelt" ist dabei in dem Sinne zu verstehen, daß das ArbPlSchG keine spezielle Regelung getroffen hat.

§ 5 Arbeitsleistung und Eingliederungsfolgen

I. Gesetzlich geregelter Fall: Kündigungsschutz

Es kommt hier nur ein geregelter Fall in Betracht, nämlich der des Kündigungsschutzes nach § 2 ArbPlSchG. Der allgemeine Kündigungsschutz nach § 1 Kündigungsschutzgesetz[1] knüpft an einen sechsmonatigen ununterbrochenen Bestand des Arbeitsverhältnisses und an die Vollendung des 18. Lebensjahres an. Hierdurch ist der zum Wehrdienst einberufene Arbeitnehmer nicht hinreichend geschützt[2]. Der Gesetzgeber sah auch die Vorschrift des § 1 I ArbPlSchG über das Ruhen des Arbeitsverhältnisses nicht als genügend an, um dem einberufenen Arbeitnehmer den Arbeitsplatz zu sichern. Nach Auffassung des Gesetzgebers ist ein besonderer Kündigungsschutz im Ruhensbegriff nicht enthalten, obwohl die sonstigen gesetzlichen Bewertungsmaßstäbe dafür sprechen[3]. Der Gesetzgeber sah sich deshalb zur Regelung eines erhöhten Kündigungsschutzes veranlaßt. Nach § 2 ArbPlSchG darf dem wehrpflichtigen Arbeitnehmer weder vor noch während noch nach dem Wehrdienst gekündigt werden. Auch das Recht zur Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen (§ 1 II KündigSchG) ist eingeschränkt (§ 2 II 2 ArbPlSchG). Das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund bleibt unberührt, wobei allerdings die Einberufung kein Kündigungsgrund ist (§ 2 III ArbPlSchG). Die Klagefrist des § 4 KündigSchG ist modifiziert (§ 2 IV ArbPlSchG). Dieser erhöhte Kündigungsschutz[4] will - wie das gesamte ArbPlSchG - keine Besserstellung gegenüber nicht wehrpflichtigen Arbeitnehmern herbeiführen, sondern lediglich der

---

1) Gesetz vom 25.8.1969, BGBl. I, 1317;
2) s. zu möglichen Problemen: Albrecht, S. 110 ff.;
3) s. BT-Drucksache II/3117, S.11; Sahmer, Kommentar, Rdnr. 24;
4) Einzelheiten s. bei Sahmer, Kommentar, Rdnr. 30 ff.;

besonderen Schutzbedürftigkeit des einberufenen Arbeitnehmers gerecht werden[1]. Die Regelung des § 2 ArbPlSchG schützt deshalb nur vor erhöhter Kündigungsgefahr, die von der Einberufung zum Wehrdienst ausgeht, nicht vor Kündigung aus anderen Gründen, mit der auch alle anderen Arbeitnehmer rechnen müssen.

II. Gesetzlich nicht geregelte Fälle

1. Arbeitsleistungspflicht

Die Pflicht des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung und damit auch die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers ruhen während des Wehrdienstes. Das liegt jedoch nicht daran, daß die Arbeitsleistungspflicht eine Hauptpflicht ist, wie überwiegend vertreten wird[2], sondern weil es dem Zweck des Ruhens entspricht. Während des Wehrdienstes kann der Arbeitnehmer seiner Pflicht zur Arbeitsleistung nicht nachkommen. Im Sinne einer funktionsfähigen Wehrmacht muß eine völlige Integrierung für die Zeit des Grundwehrdienstes oder der Wehrübung in den Verband der Streitkräfte gefordert werden. Der Arbeitnehmer begeht dadurch keine Vertragsverletzung, sondern hat sogar dem Verlangen des Arbeitgebers, der Arbeitsleistungspflicht nachzukommen, den "Einwand des ruhenden Arbeitsverhältnisses" entgegenzusetzen[3]. Das Ruhen dieser Pflicht gefährdet nicht den Bestand des Arbeitsverhältnisses. Die Arbeitsleistung kann ohne weiteres ausgesetzt und wieder aufgenommen werden. Auch bei Krankheit und Urlaub wird die Arbeitsleistung nicht erbracht, ohne daß das Arbeitsverhältnis erlischt. Die Opfergrenze der Belastung des Arbeitgebers wird nicht überschritten, da er für die Zeit des Wehrdienstes keinen Lohn zu zahlen hat. Die Freistellungspflicht des Arbeitgebers kann man mittelbar auch aus dem Kündigungsverbot des § 2 ArbPlSchG entnehmen.

---

1) so auch Sahmer, aaO, Rdnr. 30 a;
2) s. z. B. Albrecht, aaO, S. 59 mwN;
3) dieser Einwand ist im Prozeß von Amts wegen zu berücksichtigen, s. Albrecht, aaO, S. 60;

2. Betriebszugehörigkeit

Die Frage, ob der Wehrdienst leistende Arbeitnehmer Betriebszugehöriger bleibt oder nicht, muß wiederum vom Sinn des Ruhens her beantwortet werden unter Beachtung der Voraussetzungen, von denen die Betriebszugehörigkeit abhängig gemacht wird. Aus der ruhenden Arbeitsleistungspflicht des Arbeitnehmers könnte man schließen, daß er während des Wehrdienstes nicht als Betriebsangehöriger anzusehen ist. Denn unter der Betriebszugehörigkeit versteht man im allgemeinen die Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zum Betrieb, die es dem Arbeitgeber ermöglicht, sich die Arbeitskraft des Arbeitnehmers nutzbar zu machen. Sie setzt also idR voraus, daß der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft auch zur Verfügung stellt[1]. Sie ist also eher an die tatsächliche Beschäftigung als an einen wirksamen Arbeitsvertrag gebunden. Der Arbeitnehmer braucht allerdings seine Arbeitskraft nicht ununterbrochen zur Verfügung zu stellen, um als Betriebszugehöriger zu gelten. So ist z. B. anerkannt, daß Krankheit und Urlaub die Betriebszugehörigkeit nicht unterbrechen. Auch andere in der Person des Arbeitnehmers begründete unverschuldete Arbeitsunterbrechungen (z. B. Erfüllung staatsbürgerlicher Pflichten als Schöffe, Geschworener, Zeuge etc.; Beurlaubung zu Schulungskursen, Sportzwecken) unterbrechen idR die Betriebszugehörigkeit nicht[2]. Nikisch definiert die Betriebszugehörigkeit als den Zustand der Erfüllung eines Arbeitsverhältnisses. Betriebszugehörigkeit und Arbeitsverhältnis im Erfüllungszustand sind danach identisch. Ruhezeiten sollen weder den Erfüllungszustand noch die Betriebszugehörigkeit unterbrechen[3]. Ob unter diese Ruhezeiten auch das ruhende Arbeitsverhältnis nach § 1 I ArbPlSchG fallen soll, erscheint allerdings zweifelhaft, obwohl die überwiegende Meinung dies - ohne Begründung - annimmt[4].

---

1) s. Maurer, AR-Blattei, Betriebszugehörigkeit, Übersicht, A I; Röhsler, Betr. 1963, 994 f.;
2) Maurer, aaO; Röhsler, aaO;
3) Nikisch I, § 19 II, 2 (S. 165);
4) s. z. B. Sahmer, aaO, Rdnr. 12; Isele, aaO, S. 107; Leube, aaO, S. 90/99;

Bei kurzen Wehrübungen kann man parallel zu Urlaubszeiten den Erfüllungszustand und damit die Betriebszugehörigkeit als nicht unterbrochen ansehen, doch bei dem 18-monatigen Grundwehrdienst ist das nicht mehr möglich. Hier müßte deshalb wegen der Länge der Abwesenheit die Betriebszugehörigkeit als unterbrochen angesehen werden, wenn nicht der Zweck des Ruhens ein gegenteiliges Ergebnis fordert. Die Betriebszugehörigkeit ist heute für den gesamten Status des Arbeitnehmers von großer Bedeutung[1]. Sie kann deshalb nicht allein der organisatorischen Ebene des Arbeitsverhältnisses zugeordnet werden. Gesetze, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen knüpfen für den Erwerb von Rechten an die Betriebszugehörigkeit an, sie ist Voraussetzung für das Recht auf gleichmäßige Behandlung. Nur durch Erhaltung dieser Rechtspositionen wird dem Arbeitnehmer der Arbeitsplatz in der Position gewährleistet, die ihm bei aktiver Arbeit zustände. Dieses Anliegen erfüllt der Gesetzgeber für die Zeit nach dem Wehrdienst durch die Regelung des § 6 II ArbPlSchG, der eine Anrechnung der Wehrdienstzeit auf die Betriebszugehörigkeit vorsieht. Für die Zeit während des Wehrdienstes muß der Zweck des Ruhens herangezogen werden. Denn mit der Regelung des § 6 II ist noch nicht gesagt, wie es mit Ansprüchen, Rechten und Pflichten steht, die während des Wehrdienstes aktuell werden und vom Bestand der Betriebszugehörigkeit abhängen. Für diese Fälle kommt es darauf an, ob die Betriebszugehörigkeit ruht oder aktiv fortbesteht. Nur Letzteres wird dem Ziel des Ruhens nach Erhalt des Arbeitsplatzes gerecht. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß auch alle Ansprüche, Rechte und Pflichten, die an die Betriebszugehörigkeit knüpfen, während des Ruhens aktiv fortbestehen müssen. Das ist jeweils zu klären und anhand der gesetzlichen Bewertungsmaßstäbe zu messen. An der Voraussetzung der Betriebszugehörigkeit scheitern diese Rechtspositionen jedoch nicht mehr.

---

1) s. Maurer, aaO, A II; Söllner, Arbeitsrecht, § 3 IV; Röhsler, aaO, S. 994; Leube, aaO, S. 98;

3. Direktionsrecht / Gehorsamspflicht

Der Arbeitgeber bestimmt die näheren Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers. Er ist dazu kraft seines Direktionsrechts befugt. Es gliedert sich in das Verwaltungs- und das Organisationsrecht(1).

a) Dem Arbeitgeber kommt es darauf an, die Arbeitskraft des Arbeitnehmers möglichst nutzbringend und im Sinne des Betriebes rationell einzusetzen. Deshalb steht ihm die (Verwertungs-) Befugnis zu, die Arbeitsleistung bezüglich Ort, Zeit, Art, Reihenfolge und Umfang zu bestimmen und jeweils zu konkretisieren, wenn Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Einzelarbeitsvertrag nichts oder nichts Gegenteiliges vorsehen. Ruht die Pflicht des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung, ruht mit ihr auch das Verwertungsrecht. Denn es ist kein selbständiges Recht, sondern von der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers abhängig(2).

b) Der Arbeitnehmer ist ferner dem Organisationsrecht des Arbeitgebers unterworfen. Dieses konkretisiert nicht die Arbeitsleistung, sondern entspringt dem Bedürfnis nach betrieblicher Ordnung. Es äußert sich z. B. in Torkontrollen und Rauchverboten. Durch das Ausscheiden des Arbeitnehmers aus der betrieblichen Organisation ruht auch das Organisationsrecht des Arbeitgebers(3).

Mit dem Direktionsrecht des Arbeitgebers ruht auch ihr Gegenstück, die Gehorsamspflicht des Arbeitnehmers(4).

4. Mitbestimmungsrecht des Arbeitnehmers

Bei der Mitbestimmung des Arbeitnehmers geht es einmal um das aktive und passive Wahlrecht zum Betriebsrat, zum anderen um das Schicksal des Betriebsratsamts und das des Aufsichtsratsamts während des Ruhens.

---

1) zu den Begriffen s. Albrecht, aaO, S. 61 f. mwN;
2) so auch Albrecht, aaO, S. 61 f.;
3) ebenso Albrecht, aaO, S. 62 f.;
4) s. Hueck-Nipperdey I, §§ 25 VI; 36, 1;

a) Das aktive Wahlrecht des Arbeitnehmers zum Betriebsrat wird in § 6 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)[1] von der Arbeitnehmereigenschaft, der Vollendung des 18. Lebensjahres und dem Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte abhängig gemacht. Als vierte Voraussetzung wird von der h. M. außerdem die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers verlangt[2]. Die gesetzlichen Voraussetzungen liegen idR bei einem Wehrpflichtigen vor. Auch die zusätzlich geforderte Voraussetzung ist gegeben, da die Betriebszugehörigkeit während des Wehrdienstes fortbesteht. Somit müßte das aktive Wahlrecht dem Arbeitnehmer erhalten bleiben. Bei dieser Schlußfolgerung ist jedoch Vorsicht geboten. Es wurde oben schon darauf hingewiesen, daß die Bejahung der Betriebszugehörigkeit nicht automatisch auch die von ihr abhängigen Folgen eintreten läßt[3]. Das hieße, die jeweils besondere Interessenlage, die durch das Ruhen eintritt, außer acht zu lassen. Es muß also trotz Bejahung der erwähnten Voraussetzungen noch geprüft werden, ob ein Bestehenbleiben des aktiven Wahlrechts während der Ruhezeit mit dem Sinn und Zweck dieses Rechts vereinbar ist. Man könnte z. B. einwenden, dem Arbeitnehmer sei es nicht möglich, an der Wahl teilzunehmen, da er bei der Bundeswehr sei und es sich mit den Grundsätzen des Wehrdienstes nicht vertrage, den wehrpflichtigen Arbeitnehmer für die Wahl in seinem Betrieb zu beurlauben. Dieser Einwand kann jedoch entkräftet werden. Nach der Rechtsverordnung zur Durchführung des BetrVG[4] ist in den §§ 26, 41, 52 vorgesehen, daß der Arbeitnehmer seine Stimme schriftlich abgeben kann. Entscheidend ist, daß ein Ausschluß des Arbeitnehmers vom aktiven Wahlrecht in seinem Betriebe dem Bestreben des Gesetzgebers zuwiderliefe. Denn der Betriebsrat gestaltet in z. T. entscheidender Weise die Arbeitsbedingungen und damit den Arbeitsplatz des Arbeitnehmers mit. Die Amtszeit des Betriebsrats beträgt 3 Jahre (§ 21 BetrVG), so daß der Arbeit-

---

1) vom 11.10.1952, BGBl. I, 681, i.d.F.v. 21.12.1967, BGBl. I, 1259;
2) so die völlig h.M., Nachweise bei Albrecht, aaO, S. 114;
3) so im Ergebnis aber Albrecht, aaO, S. 114; Sahmer, Kommentar, Rdnr. 12 d;
4) vom 18.3.1953 (BGBl. I, 58) i.d.F. vom 7.2.1962, (BGBl. I, 64), kurz als "Wahlordnung" bezeichnet;

nehmer auch bei vollem Grundwehrdienst und einer Wahl am Anfang des Wehrdienstes noch in der Amtszeit des Betriebsrats die Arbeit wieder aufnimmt. Auch während der tatsächlichen Abwesenheit wird auf den Arbeitsplatz eingewirkt, was sich u. U. später bemerkbar macht, so daß man das Wahlrecht des wehrpflichtigen Arbeitnehmers nicht als "bloße Formsache"[1] bezeichnen kann. Schlösse man ihn von dieser Wahl aus, enthielte man ihm ein wichtiges Recht, seinen Arbeitsplatz mitzugestalten, vor[2]. Dies entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers, der gerade bestrebt ist, dem Arbeitnehmer den Arbeitsplatz zu erhalten, und zwar nicht nur in formeller, sondern auch in materieller Hinsicht, d. h. in der Ausgestaltung, die er bei normaler Weiterarbeit erhalten hätte. Dazu gehört auch das aktive Wahlrecht, das dem Arbeitnehmer also durch das Ruhen des Arbeitsverhältnisses nicht verloren geht.

b) Es soll nun zunächst auf die Frage eingegangen werden, ob ein schon gewähltes Betriebsratsmitglied, das zum Wehrdienst einberufen wird, seine Mitgliedschaft verliert oder ob sie weiterbesteht. Der Verlust der Mitgliedschaft könnte nach § 24 BetrVG eintreten. Es käme höchstens der Erlöschensgrund "Beendigung des Arbeitsverhältnisses" in Betracht. Das ruhende Arbeitsverhältnis ist aber gerade ein noch fortbestehendes Arbeitsverhältnis, so daß die Zugehörigkeit zum Betriebsrat durch das Ruhen nicht berührt werden dürfte. Die Aufzählung der Erlöschensgründe des § 24 BetrVG kann jedoch nicht als erschöpfend angesehen werden. Denn die Mitgliedschaft im Betriebsrat endet z. B. auch dann, wenn das Mitglied in einen anderen Betrieb des Unternehmens versetzt wird oder ein Betriebsteil, in dem das Betriebsratsmitglied beschäftigt ist, ausgegliedert wird.[3] Ob also die Einberufung zum Wehr-

---

1) so aber Hess, Betriebsratswahlen, S. 19, der ein Wahlrecht verneint, weil es "sinnlos" sei; ihm folgend: Dietz, BetrVG, § 6, Anm. 10 b;
2) so auch Fitting-Kraegeloh-Auffarth, BetrVG, § 6, Anm. 10 b; Leube, aaO, S. 108;
3) s. Fitting-Kraegeloh-Auffarth, aaO, § 24, Anm. 3; vgl. auch Anm. 19 ff., die die Voraussetzungen derartiger Versetzungen bzw. Ausgliederungen erläutern;

dienst Einfluß auf die Betriebsratsmitgliedschaft hat, muß nach Sinn und Zweck dieser Mitgliedschaft und des § 24 BetrVG entschieden werden.

Der Betriebsrat ist das repräsentative Organ der Arbeitnehmer zur Mitwirkung und Mitbestimmung im Betrieb. Wesentliche Voraussetzung dieser Mitwirkung ist es, daß der gewählte Arbeitnehmer aktiv im Betrieb tätig ist, also die praktische Anschauung der Zustände im Betrieb und die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf den Betriebsrat und das Unternehmen hat. An diesen Voraussetzungen mangelt es einem Betriebsratsmitglied, das zum Wehrdienst einberufen wird, so daß man in der Einberufung einen Erlöschensgrund sehen könnte, der nach Sinn und Zweck des Betriebsratsamtes unter § 24 BetrVG zu subsumieren wäre. Diese Lösung berücksichtigt jedoch nicht, daß möglicherweise nur eine vorübergehende Verhinderung vorliegt, die eine andere Beurteilung rechtfertigen könnte. Eine brauchbare Lösung bietet sich durch § 25 I BetrVG an, der zwischen dem Ausscheiden und der zeitweiligen Verhinderung unterscheidet. Bei der Einberufung eines Betriebsratsmitglieds ergeben sich zwei Fallkonstellationen, die den beiden Alternativen des §25 I BetrVG entsprechen. Einmal kann die Einberufung zum Wehrdienst zu einem Zeitpunkt erfolgen, in dem feststeht, daß das einberufene Betriebsratsmitglied nicht mehr während der dreijährigen Amtszeit (§ 21 VetrVG) des Betriebsrats, zu dem er gewählt ist, zurückkehrt, z. B. bei Einberufung zum 18-monatigen Grundwehrdienst nach Ablauf einer 18-monatigen Amtszeit des Betriebsrates. In einem solchen Fall erlangt der Arbeitnehmer keine tatsächliche Mitbestimmungsmöglichkeit mehr zurück. Hier muß nach Sinn und Zweck des Betriebsratsamtes ein Erlöschensgrund iSd § 24 BetrVG angenommen werden und somit ein endgültiges Ausscheiden aus dem Betriebsrat iSd § 25 I 1 BetrVG. Das nachrückende Ersatzmitglied ist vollgültiges und endgültiges Betriebsratsmitglied. Zum anderen besteht die Möglichkeit, daß das einberufene Betriebsratsmitglied noch während der Amtszeit des Betriebsrates zurückkehrt, z. B. bei Einberufung zu einer kurzfristigen Wehrübung zu Beginn der Amtszeit des Betriebsrates. In diesem Fall handelt es sich nur um eine zeitweilige

Verhinderung iSd § 25 I 2 BetrVG, die nicht unter § 24 BetrVG subsumiert werden kann. Das für die Zeit der Verhinderung nachrückende Ersatzmitglied wird zwar vollgültiges[1], aber nicht endgültiges Mitglied des Betriebsrates.

Je nach Fallkonstellation kommt man also zu einem anderen Ergebnis. Die im Schrifttum vertretene Meinung sieht in der Einberufung eines Betriebsratsmitgliedes lediglich einen Fall der zeitweiligen Verhinderung iSd § 25 I 1 BetrVG, da ein Erlöschensgrund nach § 24 BetrVG ("Beendigung des Arbeitsverhältnisses") nicht vorliege[2]. Diese Lösung berücksichtigt nicht, daß es bei der Einberufung eines Betriebsratsmitgliedes verschiedene Fallkonstellationen geben kann, die eine differenzierte Behandlung erfordern.

c) Für das passive Wahlrecht nach § 7 BetrVG sind ähnliche formelle Voraussetzungen erforderlich wie beim aktiven Wahlrecht. Das Wahlalter beträgt 21 Jahre. Es soll hier davon ausgegangen werden, daß der einberufene Arbeitnehmer das erforderliche Alter erreicht hat. Probleme ergeben sich insbesondere aus der nach § 7 I 1 BetrVG erforderlichen einjährigen Betriebszugehörigkeit. Es müssen zwei Fallgestaltungen unterschieden werden.

aa) Ein Arbeitnehmer, der die einjährige Betriebszugehörigkeit schon erfüllt hat, wird zum Wehrdienst einberufen. Es fragt sich, ob er danach noch in den Betriebsrat gewählt werden kann. Auch hier könnte man sich - wie beim aktiven Wahlrecht - auf den Standtpunkt stellen, daß die Einräumung des passiven Wahlrechts bloße Formsache und das passive

---

1) so Fitting-Kraegeloh-Auffarth,aaO, § 25, Anm. 8 mwN auch für die gegenteilige Mindermeinung;
2) so Albrecht, aaO, S. 118; Fitting-Kraegeloh-Auffarth, aaO, § 24, Anm. 12; Dietz, aaO, § 24, Anm. 15 a; Leube, aaO, S. 104 u. S.106, dort auch wN zur Ersatzmitgliedschaft im Wirtschaftsausschuß nach §§ 67 ff. BetrVG;

Wahlrecht deshalb zu verneinen sei[1]. Dieser Meinung kann weder in der Begründung noch im Ergebnis zugestimmt werden. Das passive Wahlrecht ist wie das aktive integrierter Bestandteil des Status des Arbeitnehmers im Betrieb. Es entspricht deshalb dem Zweck des ArbPlSchG, das passive Wahlrecht nicht ruhen zu lassen. Auch aus Sinn und Zweck des Betriebsratsamtes ergibt sich keine Einschränkung. Die mit diesem Amt notwendig verbundene tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf die Betriebsverhältnisse ist auch bei einem einberufenen Arbeitnehmer wenigstens zeitweise gewährleistet, da die Wehrdienstzeit höchstens 18 Monate, die Amtszeit des Betriebsrates aber 3 Jahre betragen. Es liegt also immer nur ein Fall der vorübergehenden Verhinderung iSd § 25 I 2 BetrVG vor. Aus diesem Grunde ist es gerechtfertigt, das passive Wahlrecht nicht ruhen zu lassen und für die Dauer der Abwesenheit lediglich ein Ersatzmitglied nach § 25 I 2 BetrVG zu bestellen.

bb) Fraglich ist das Bestehenbleiben des passiven Wahlrechts aber in dem Fall, in dem der eingezogene Arbeitnehmer die einjährige Betriebszugehörigkeit noch nicht erfüllt hat. Die Schwierigkeit liegt nicht in der Frage, ob der Wehrdienst auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit anzurechnen ist[2]. Das ist zu bejahen. Das Problem liegt vielmehr darin, ob die so zustandegekommene einjährige Betriebszugehörigkeit die Anforderung des § 7 BetrVG hinsichtlich der Betriebszugehörigkeit erfüllt. Die einjährige Betriebszugehörigkeit soll gewährleisten, daß der Arbeitnehmer mit dem Betrieb und seinen Besonderheiten vertraut wird und eine genügend lange Einsicht in das Leben des Betriebes bekommt[3]. Diese

---

1) so auch Hess, aaO, S. 19; ihm wohl folgend Dietz, BetrVG, § 7, da er das aktive Wahlrecht verneint, das Voraussetzung für das passive ist; allerdings erfolgt keine ausdrückliche Ablehnung in der Anm. zu § 7 BetrVG;

2) so aber wohl die überwiegende Meinung; s. zum Meinungsstand Albrecht, aaO, S. 115 ff.;

3) Fitting-Kraegeloh-Auffarth, aaO, § 7, Anm. 14; Dietz, aaO, § 7, Anm. 6 jeweils mwN.;

Erfahrung kann der Arbeitnehmer aber nur bei tatsächlicher Anwesenheit im Betrieb sammeln. Daraus könnte man schließen, daß in diesem Falle das passive Wahlrecht erst erlangt wird, wenn der Arbeitnehmer nach Rückkehr vom Wehrdienst die fehlende Zeit nachgeholt hat. Man könnte das ruhende Arbeitsverhältnis aber für einen "Ausnahmefall" iSd § 7 I 2 BetrVG halten. Wann ein solcher Ausnahmefall vorliegt, hängt freilich nicht von gesetzlichen Voraussetzungen ab, sondern von der Herbeiführung einer entsprechenden Vereinbarung zwischen den Arbeitnehmern und dem Arbeitgeber im Einzelfall. Generell kann man also nicht darauf schließen, daß bei Wehrpflichtigen die einjährige Betriebszugehörigkeit iSd § 7 BetrVG nicht erfüllt zu werden braucht. Soweit nicht von der Möglichkeit einer Vereinbarung nach § 7 I 2 BetrVG Gebrauch gemacht wird, wird die Wehrdienstzeit auf die Dauer der zur Erlangung des passiven Wahlrechts erforderlichen einjährigen Betriebszugehörigkeit nicht angerechnet. Dieses Ergebnis widerspricht nicht dem Zweck des Ruhens. Denn die Erhaltung des Arbeitsplatzes und die mit ihm verbundenen Rechte können nur soweit gehen, wie das mit dem Sinn und der Funktion dieser Rechte zu vereinbaren ist. Der prinzipiell bezweckte Ausschluß von Nachteilen findet seine Grenze dort, wo er mit dem Wohl des Betriebes und damit mittelbar auch dem des Arbeitnehmers nicht mehr vereinbar ist[1].

d) Auch die Mitgliedschaft des in den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien nach § 76 BetrVG gewählten Arbeitnehmers erlischt durch die Einberufung zum Wehrdienst nicht. Zwar bestimmt § 76 II 2 BetrVG, daß der gewählte Arbeitnehmer in einem Betrieb des Unternehmens beschäftigt sein muß. Doch liegt die

1) auch Albrecht (aaO, S. 117) hat Bedenken, entgegen dem Sinn und Zweck des § 7 das passive Wahlrecht anzuerkennen, entscheidet sich aber wegen des "eindeutigen Wortlauts des § 7" und "aus Gründen der Rechtsklarheit" gegen den Gesetzeszweck. Auch hier wird wieder deutlich, zu welch unbefriedigenden Ergebnissen man kommt, wenn man von der Betriebszugehörigkeit automatisch Rechtsfolgen ableitet; so wie hier: Leube, aaO, S. 97, da es nicht um individualrechtliche, sondern um betriebliche Belange gehe; s. dort auch weitere Nachweise;

Betonung hierbei auf der Arbeitnehmereigenschaft. Diese bleibt auch während des Ruhens bestehen. Der Wehrdienst leistende Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat kann durch schriftliche Stimmabgabe nach § 108 III Aktiengesetz[1] an der Beschlußfassung des Aufsichtsrats teilnehmen. Stellvertreter sind nach § 101 III 1 Aktiengesetz nicht mehr zulässig. Auch die nach § 101 III 2 Aktiengesetz vorgesehene Möglichkeit der Bestellung von Ersatzmitgliedern kommt für den Wehrpflichtigen nicht in Betracht, da er nicht "wegfällt", sondern nur zeitweilig abwesend ist[2].

Es ist jedoch ein Widerruf der Bestellung des Arbeitnehmers zum Aufsichtsratsmitglied vor Ablauf der Wahlzeit möglich. Für die Beschlußfassung gilt § 76 V BetrVG[3]. Diese Widerrufsmöglichkeit bleibt auch bezüglich der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bestehen, die sich bei der Bundeswehr befinden. Denn der Schutzzweck des ArbPlSchG geht nicht dahin, dem Arbeitnehmer eine während des Wehrdienstes unwiderrufliche Position zu verschaffen. Er muß sich so behandeln lassen, wie alle anderen Arbeitnehmer auch. Man könnte allerdings daran denken, einen Widerrufsbeschluß für unwirksam zu erklären, der lediglich deswegen erfolgt, weil der Arbeitnehmer sich bei der Bundeswehr befindet. Eine solche Motivation könnte gegen das Diskriminierungsverbot des ArbPlSchG verstoßen. Sie kann jedoch tatsächlich nur festgestellt werden, wenn der Widerruf unter Angabe von Gründen erfolgt. Für das Widerrufsverfahren nach § 76 V BetrVG bedarf es aber keiner Angabe von Gründen[4]. Jedoch auch bei erkennbarer Motivation des Widerrufes kann nicht von einer Unwirksamkeit des Beschlusses gesprochen werden. Der betroffene Arbeitnehmer muß sich nämlich seinem Interesse am Erhalt betrieb-

---

1) Gesetz vom 6.9.1965, BGBl. I, 1089;
2) insofern stimmt § 101 III 2 AktG nicht mit § 25 BetrVG überein; anders Fitting-Kraegeloh-Auffarth, aaO, § 76, Anm. 103; wie hier: Leube, aaO, S. 106;
3) von den Abberufungsgründen des Aktiengesetzes gilt nur § 103 III für die Arbeitnehmervertreter;
4) s. Fitting-Kraegeloh-Auffarth, aaO, § 76, Anm. 92a;

licher Positionen das übergeordnete Interesse des Betriebes vorhalten lassen. Hält die in § 76 V BetrVG geforderte Mehrheit den Wehrdienst leistenden Arbeitnehmer als Aufsichtsratsmitglied nicht mehr für tragbar, muß der Arbeitnehmer sich den Widerruf seiner Bestellung im Interesse der übrigen Arbeitnehmerbelange gefallen lassen. Dem steht das Diskriminierungsverbot auch deshalb nicht entgegen, weil es sich bei dem Abruf nicht um eine Disziplinarmaßnahme handelt, sondern um eine "echte plebiszitäre Entscheidung"[1].

§ 6 Lohnfragen im weiteren Sinn

I. Gesetzlich geregelte Fälle

Der Gesetzgeber hat lediglich die Frage des Wohnraumes und der Sachbezüge näher geregelt (§ 3 ArbPlSchG). Auf die Regelung selbst braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Da es bei dieser Abhandlung darauf ankommt, den Ruhensbegriff anhand konkreter Beispiele zu verdeutlichen, ist lediglich die Frage bedeutsam, ob die Regelung des § 3 sich in die allgemeine Ruhensvorschrift einordnet oder einen durch § 1 I nicht erfaßten Fragenkreis regeln will. Je nach dem wie man diese Frage beantwortet, ändert sich die Auffassung über den Ruhensbegriff von einem weiteren zu einem engeren Verständnis.

1. Wohnraum

§ 3 I ArbPlSchG bestimmt, daß das Ruhen des Arbeitsverhältnisses eine Verpflichtung zum Überlassen von Wohnraum unberührt läßt. Diese Rege-

---

1) so Hueck-Nipperdey II, 2, § 73 IV 3 a (S. 1515); eine Überprüfung des Widerrufs im gerichtlichen Beschlußverfahren findet auch nur hinsichtlich der formellen Ordnungsmäßigkeit des Widerrufsverfahrens statt (vgl. §§ 82 I q BetrVG; 2 I 4q ArbGG);

lung wird hier behandelt, da der Wohnraum idR als eine Art des Naturallohns anzusehen ist[1]. Denn die Überlassung von Wohnraum bildet oft einen Teil der Gegenleistung für die Arbeit. Aber auch in den Fällen, in denen ein selbständiger Mietvertrag vorliegt, besteht meistens ein enger wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen dem Arbeitsentgelt und der Zurverfügungstellung des Wohnraumes, so daß aus diesem Grunde die Frage des Wohnraumes insgesamt hier behandelt wird.

Wie schon in der Vorbemerkung angedeutet, ist für das Verständnis des Ruhensbegriffs die Frage zu stellen, ob die Regelung des § 3 I gegenüber der des § 1 I als Ausnahmevorschrift (enger Ruhensbegriff) zu verstehen ist oder Klarstellungsfunktion mit besonderer Ausgestaltung hat (weiter Ruhensbegriff). Die erste Alternative wird in der Lit. vertreten[2]: Da mit der Lohnzahlungspflicht beim ruhenden Arbeitsverhältnis auch die Verpflichtung zur Leistung aller anderen Zuwendungen entfalle, müsse der Regelung des § 3 I Ausnahmecharakter zugeschrieben werden. Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden. Sie leitet aus einer unbegründeten Behauptung eine Rechtsfolge ab, ohne die beteiligten Interessen zu berücksichtigen. Zwar sind auch Sachbezüge eine Art der Gegenleistung[3]. Man kann jedoch nicht folgern, daß deshalb beim Ruhen der Arbeitsleistungs- und Lohnzahlungspflicht auch die Sachleistungspflicht notwendigerweise mitruhen müssen. Für den Arbeitnehmer haben die Sachbezüge, insbes. die Wohnraumüberlassungen, nicht nur Entlohnungsfunktion. Es ist oft wichtig und für die Wahl des Arbeitsplatzes manchmal entscheidend, daß der Arbeitgeber einen Wohnraum (Werkswohnung, Dienstwohnung) anbietet. So gestalten die Sachbezüge in erheblichem Maße den Arbeitsplatz, sind gewissermaßen dessen Bestandteil[4].

---

1) zum Begriff des Naturallohns s. Hueck-Nipperdey I, § 41 (S. 293 ff.); insbesondere zur "Werkwohnung" § 41 III;
2) s. Sahmer, Kommentar, Rdnr. 42 f.; Albrecht, aaO, S. 82 (83 f.);
3) s. Bobrowski-Gaul, aaO, E VIII, 1;
4) s. BT-Drucksache II/3117, Begründung zu § 3 ArbPlSchG, S. 12;

Deshalb entspricht es den oben aufgezeigten gesetzlichen Bewertungsmaßstäben (Erhaltung des Arbeitsplatzes in seiner konkreten Ausgestaltung), daß die Pflicht zur weiteren Überlassung von Wohnraum aktiv fortbesteht. § 3 I ArbPlSchG will insofern nur etwaige Zweifel ausschließen, die über diese Frage entstehen könnten[1], und trägt somit folgerichtig dem Grundgedanken des Ruhens Rechnung. Die Regelung des § 3 III über den finanziellen Ausgleich, den der Arbeitnehmer evtl. zu zahlen hat, spricht nicht dagegen. Denn entscheidend ist die Erhaltung der Wohnung am Arbeitsplatz. Die Entschädigungspflicht des § 3 III hält nur die finanzielle Belastung des Arbeitgebers in zumutbaren Grenzen[2].

2. Sonstige Sachbezüge

Entsprechendes gilt für alle übrigen Sachbezüge nach § 3 IV ArbPlSchG, worunter insbesondere die Sachbezüge für Arbeitnehmer in der Land- und Forstwirtschaft und für Bergarbeiter fallen[3].

3. Die Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst erhalten gem. § 1 II ArbPlSchG unter bestimmten Voraussetzungen Arbeitsentgelt "wie bei einem Erholungsurlaub". Auf diese Regelung sei aus systematischen Gründen hingewiesen, da sie Anhaltspunkte für die Lösung nicht geregelter Fälle geben kann.

II. Gesetzlich nicht geregelte Fälle

Bei den gesetzlich nicht geregelten Fälle.. liegt das Schwergewicht auf den besonderen Lohnformen.

1. Allgemeine Lohnzahlungspflicht

Entgegen der Meinung Albrechts[4] ergibt sich die Beantwortung der Frage, ob die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers nach § 1 I ruht, nicht

---

1) Drucksache 3117, aaO;
2) s. auch § 7 II 4 UnterhaltssicherungsG, wonach dem Arbeitnehmer Mietbeihilfe zur Erhaltung einer Wohnung gewährt wird;
3) s. Drucksache 3117, aaO;
4) aaO, S. 75/76;

direkt aus dem Gesetz. Sie läßt sich nur nach den für das Ruhen maßgeblichen Bewertungsfaktoren beantworten und ist insofern "indirekt" geregelt. Danach muß die Lohnzahlungspflicht des Arbeitnehmers ruhen; nicht, weil sie eine "Hauptpflicht" ist, sondern weil es dem gesetzgeberischem Zweck entspricht. Zwar soll dem Arbeitnehmer der Arbeitsplatz erhalten bleiben, nicht aber der Anspruch auf Lohnzahlung. Letzteres würde die Opfergrenze des Arbeitgebers übersteigen. Während des Wehrdienstes erhält der Arbeitnehmer Unterhalt für sich und seine Angehörigen nach Maßgabe des Unterhaltssicherungsgesetzes und des Wehrsoldgesetzes[1] von der Bundeswehr. Dieser ist zwar nicht so hoch wie sein bisheriges Einkommen, doch liegt dies im Rahmen der dem Arbeitnehmer zugemuteten Belastung. Das Ruhen des Lohnzahlungsanspruchs läßt sich auch aus einem Gegenschluß zu § 1 II herleiten. Aus der besonders geregelten Lohnfortzahlung im öffentlichen Dienst kann auf das Gegenteil in der privaten Wirtschaft geschlossen werden.

2. Besondere Lohnformen

Hier soll nicht auf besondere Zahlungsarten des Arbeitslohnes (z. B. Akkordlohn), sondern nur auf die Lohnformen eingegangen werden, die zum Arbeitslohn hinzukommen. Im übrigen kann auch nur eine Auswahl besonders häufig vorkommender Lohnformen behandelt werden, und zwar nur in ihrer "idealtypischen" Form, da die Vertragsfreiheit zu den verschiedenartigsten Ausgestaltungen führen kann.

a) Gewinnbeteiligung

Hierbei ist zu differenzieren[2]:

aa) Die Gewinnbeteiligung kann einmal, ähnlich der Tantieme für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, einzelnen Arbeitnehmern wegen

---

1) "Gesetz über die Sicherung des Unterhalts der zum Wehrdienst einberufenen Wehrpflichtigen und ihrer Angehörigen" i. d. F. v. 31.5.1961, BGBl. I, 661, zuletzt geändert durch Gesetz v. 14.4.1969 BGBl. I, 289. Wehrsoldgesetz in der Neufassung v. 28.8.1965, BGBl. I, 1051 ff.;

2) s. Hueck-Nipperdey I, § 42 III;

ihrer für das Unternehmen besonders wichtigen und anzuerkennenden Tätigkeit gezahlt werden. Der Arbeitnehmer soll für seine Verdienste am Gewinn des Unternehmens beteiligt werden. Der Zweck des Ruhens geht nicht dahin, den Arbeitnehmer an einem Gewinn zu beteiligen, den er garnicht mit erwirtschaftet hat. Das Ruhen soll nur gewährleisten, daß der Arbeitnehmer nach dem Wehrdienst ungehindert wieder in die Position gelangt, die ihm eine Gewinnbeteiligung ermöglicht. Für die Zeit des Wehrdienstes ruht somit der Anspruch auf Gewinnbeteiligung[1], sofern ein solcher besteht. Für die übrige Zeit erfolgt eine anteilsmäßige Anrechnung.

bb) Es gibt jedoch auch eine Gewinnbeteiligung, die mehr von sozialpolitischen Erwägungen bestimmt ist und auch unter das Stichwort "Miteigentum" oder "Partnerschaft" fällt. Bei dieser Art der Gewinnbeteiligung werden die gesamte Belegschaft oder Teile derselben am Gewinn beteiligt, um eine stärkere Verbundenheit der Arbeitnehmerschaft mit dem Unternehmen zu erreichen und eine soziale Entspannung herbeizuführen[2]. Die Formen dieser Gewinnbeteiligung sind je nach der Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse verschieden und befinden sich erst im Stadium des Experiments[3]. Fraglich ist, ob auch diese Gewinnbeteiligung vom Ruhen des Arbeitsverhältnisses erfaßt wird. Das entscheidet sich danach, von welchen Voraussetzungen die Gewinnbeteiligung abhängig gemacht wird. Gegenwärtig dürfte die tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers und damit seine Anwesenheit im Betrieb eine maßgebliche, wenn auch nicht die allein entscheidende Anspruchsvoraussetzung sein. Bei Ableistung des Wehrdienstes kommt mangels dieser Voraussetzung ein Anspruch des Arbeitnehmers auf die Gewinnbeteiligung dehalb

---

1) in gleichem Sinne: BAG, Urt. v. 8. 11. 1962 - 5 AZR 112/ 62, AP Nr. 1 zu § 6 ArbPlSchG (Anm. v. Sahmer); Sahmer, Kommentar, Rdnr. 11 e;
2) s. Hueck-Nipperdey I, aaO;
3) s. z. B. auch die Möglichkeiten nach dem 2. Gesetz zur Förderung der Vermögensbildung der Arbeitnehmer vom 1. 7. 1965, BGBl. I, 585; Neufassung vom 1. 10. 1969, BGBl. I, 1853;

nicht in Betracht. Der Schutzzweck des ArbPlSchG bewirkt nicht, daß der Wehrdienst der Arbeitsleistung gleichzustellen ist. Insoweit teilt die Gewinnbeteiligung das Schicksal der entgeltlichen Lohnzahlungspflicht[1].

Es ist für die Zukunft jedoch denkbar - und manche Entwicklungen gehen deutlich in diese Richtung-, daß der sozialpolitische Gesichtspunkt ganz in den Vordergrund dieser Art der Gewinnbeteiligung tritt, d. h. a l l e i n die Betriebszugehörigkeit und die partnerschaftliche Verbundenheit als Anspruchsvoraussetzungen genügen werden. Unter dieser Voraussetzung verlangt der Schutzzweck des ArbPlSchG, daß dem Arbeitnehmer der Gewinnanteil nicht versagt werden darf, weil er sich bei der Bundeswehr befindet. Denn oben[2] wurde gerade aufgezeigt, daß die Pflichten, die das partnerschaftliche und vertrauensvolle Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer betreffen, während des Wehrdienstes voll aktiv bleiben müssen, um das ruhende, aber weiterbestehende Arbeitsverhältnis nicht zum Erlöschen zu bringen. Eine Versagung der Gewinnbeteiligung widerspräche diesem Zweck und verstieße gegen das ArbPlSchG. Zudem ist eine Weiterbeteiligung, des Arbeitnehmers am Gewinn trotz des Wehrdienstes dem Arbeitgeber auch zuzumuten, da er für die Zukunft der Arbeitskraft des Arbeitnehmers sicher sein oder sich durch Rückzahlungsklauseln sichern kann. Ein Beispiel soll diese heute noch wenig praktische, aber in Zukunft in der Bedeutung wachsende rein sozialpolitische Gewinnbeteiligung verdeutlichen: Wird z. B. in einem Tarifvertrag bestimmt, daß alle betriebszugehörigen Arbeitnehmer eine Gewinnbeteiligung erhalten, die ihre Verbundenheit zum Betrieb anerkennen soll, muß die Gewinnbeteiligung auch dem Arbeitnehmer gewährt werden, der zwischenzeitlich seinen Wehrdienst ableisten muß. Die erwähnte Tarifvertragsbestimmung kann nicht in dem Sinne ausgelegt werden, daß unter "Verbundenheit zum Betrieb" oder unter "Betriebszugehörigkeit" auch die

---

1) s. Sahmer, Kommentar, Rdnr. 11 b; Isele, aaO, S. 107;
2) s. o. § 4 III;

ununterbrochene tatsächliche Anwesenheit des Arbeitnehmers im Betrieb und die Ableistung von Arbeit zu verstehen ist. Insoweit greift nämlich der Schutz des ArbPlSchG ein, das den Wehrdienst leistenden Arbeitnehmer zwingend als Betriebszugehörenden zu behandeln vorschreibt[1] und ihm deswegen auch entsprechende Pflichten auferlegt[2].

b) Gratifikationen

Vorausgesetzt ist in all den hier erörterten Fällen, daß dem Arbeitnehmer normalerweise ein Anspruch auf die Gratifikation zusteht. Nur in diesen Fällen kann es problematisch sein, ob der Anspruch auch für die Zeit des Ruhens besteht[3].

Bei den Gratifikationen steht in der Praxis die Weihnachtsgratifikation im Vordergrund. Soweit sich die Rspr. mit dem Einfluß des Wehrdienstes auf die Gratifikation befaßt hat, handelt es sich um die Weihnachtsgratifikation.

aa) Das Arbeitsgericht Hamm[4] hat in einer Entscheidung, die zum Eignungsübungsgesetz erging, aber insoweit gegenüber dem Arbeitsplatzschutzgesetz sachlich keinen Unterschied aufweist, dem Arbeitnehmer die Auszahlung einer Weihnachtsgratifikation versagt, obwohl der Zeitpunkt für die Zahlung der Gratifikation 14 Tage nach Antritt der Eignungsübung lag. Die Entscheidung ist, ebenso wie die ihr folgende Anmerkung, in ihrer Begründung sehr positivistisch. Durch § 6 II EignungsübungsG sei die Bundesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung "Näheres u. a. hinsichtlich der Zulagen" zu regeln. Da sie dies nicht getan habe, stehe dem Arbeitnehmer kein Anspruch auf eine Weihnachtsgratifikation zu.

---

1) s. o. § 5 II 2;
2) s. unten § 7 II 1;
3) Der Eintritt des Ruhens ist nicht als Aktualisierung einer evtl. vereinbarten Rückzahlungsklausel bei Kündigung innerhalb einer bestimmten Frist anzusehen; so auch Leube, aaO, S. 63 f.;
4) Urteil vom 14. 8. 1956 - 1 Ca 941/55, BB 1956, 785 mit Anm. von Sahmer, BB 1956, 1141;

Auf der gleichen Linie liegt ein Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg[1], zu dem eine Begründung nicht abgedruckt ist.

Das LAG Hamm verneint in einem Urteil zum ArbPlSchG[2] einen Anspruch auf Weihnachtsgratifikation eines zum Wehrdienst einberufenen Arbeitnehmers mit der Begründung, "das Ruhen des Arbeitsverhältnisses lasse alle die Ansprüche des Arbeitnehmers in Fortfall kommen, die mit der durch den Wehrdienst ausgefallenen Arbeitsleistung insofern in einem unmittelbaren Zusammenhang stehen, als sie praktisch eine Gegenleistung für diese darstellen. - Es ist aber anerkannt, daß gerade die Weihnachtsgratifikation sowohl als Gegenleistung für erwiesene Dienste als auch in Erwartung zukünftiger Dienste gewährt wird."[3] So würde man nach Ansicht des Gerichts den Anspruch auf Gewährung von Zuwendungen anläßlich eines Dienstjubiläums z. B. nicht unter dem Hinweis auf das Ruhen des Dienstverhältnisses ausschließen können, denn eine solche Leistung stelle "nicht so sehr das Äquivalent für die infolge des Wehrdienstes entfallende Arbeitsleistung als die Gegenleistung für langjährig geleistete treue Dienste dar"[4]. Die Entscheidung weist Differenzierungsgesichtspunkte auf, die das Entscheidende hervorheben: die Art und den Anlaß der Gratifikation. Allerdings werden die Gratifikationsarten nicht genügend unterschieden, und der Zweck des Ruhens wird weitgehend außer Betracht gelassen. Beide Kriterien müssen jedoch berücksichtigt werden.

bb) Der Charakter der Gratifikationen kann ganz verschieden sein[5].

(1) Die Gratifikation kann als betriebliche Sozialleistung gezahlt werden, die nicht unmittelbar leistungsbezogen ist, sondern der Fürsorge des Arbeitgebers entspringt (z. B. Kinderzulagen, Wohnungsgeldzuschüsse, Urlaubs-, Krankengeldzuschüsse, Geburts- und Altersbeihilfen).

---

1) Urt. v. 8. 3. 1957 - 4 Ca 58/57, ARSt XVIII, Nr. 354;
2) Urt. v. 18. 1. 1963 - 4 Sa 575/62, BB 63, 1257;
3) aaO, S. 1258;
4) aaO, S. 1257;
5) s. dazu Gros, AR-Blattei, Gratifikation, unter A I; auch Leube, aaO, S. 56;

(2) Zum anderen kann sie eine Sondervergütung aus besonderem Anlaß sein, der die Gelegenheit bietet, die vom Arbeitnehmer geleisteten Dienste anzuerkennen, ihm Ansporn für die Zukunft und zu künftiger treuer Pflichterfüllung zu geben[1]. Sie ist also leistungsbezogen.

(3) Die Gratifikation wird teilweise auch als Mittel verwendet, den Arbeitnehmer am wechselnden Geschäftsgewinn zu beteiligen und nähert sich damit der Tantieme. Für sie gilt das zur Gewinnbeteiligung Gesagte entsprechend.

Die Gerichtsentscheidungen, die einen Anspruch auf die Weihnachtsgratifikation verneinen, gelten nur oder überwiegend der Gratifikation unter (2), die primär leistungsbezogen ist. Ihnen ist zuzustimmen, wenn auch mit der Einschränkung, daß dem Arbeitnehmer für die Zeit seiner tatsächlichen Arbeitsleistung eine anteilsmäßige Gratifikation gezahlt werden muß, und zwar auch dann, wenn die Zahlung der Gratifikation von einer ganzjährigen Arbeitsbereitschaft abhängig gemacht worden ist. In dem vom Arbeitsgericht Hamm entschiedenen Fall hätte dem Arbeitnehmer, der am 17.11. eine Eignungsübung antrat, die am 1.12. auszuzahlende Weihnachtsgratifikation also nicht völlig versagt werden dürfen. Er hätte eine bis zum 17.11. anteilige Gratifikation erhalten müssen[2]. Es ist unbillig, dem Wehrpflichtigen durch den völligen Entzug des Gratifikationsanspruchs seine bis zur Einberufung geleisteten Dienste nicht anzuerkennen, und verstößt gegen den Zweck des Ruhens: Schutz vor

---

1) s. Hueck-Nipperdey I, § 42 IV;
2) im Ergebnis so auch Siebert, Arbeitsverhältnis und Kriegsdienst, S. 82 f.; Leube, aaO, S. 58 f.; Albrecht, aaO, S. 78 ff. (79); Bertermann, BlStSozArbR 1963, 383 f., will eine anteilige Gratifikationszuwendung nur geben, wenn der Arbeitnehmer wenigstens an zwei Dritteln der Arbeitstage des Kalenderjahres gearbeitet hat;

unberechtigten Nachteilen. Dem entgegenstehende vertragliche Vereinbarungen sind hinfällig[1].

Mit der Gratifikationsart zu (1) haben sich weder Lit. noch Rspr. befaßt. Anders als die Weihnachtsgratifikation ist diese Zuwendung nicht so sehr leistungs-, als vielmehr sozialbezogen. Sie hebt das partnerschaftliche Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hervor. Die Gratifikation bezieht sich nicht auf die Leistung des Arbeitnehmers an seinem Arbeitsplatz, sondern vielmehr auf sein persönliches Wohlergehen und das seiner Familie. Die Fürsorge in diesem Sinne ist ein Beitrag des Arbeitgebers, um das persönliche Band zwischen ihm und dem Arbeitnehmer zu stärken und den Arbeitnehmer an den Betrieb zu binden. Stellte der Arbeitgeber diese "Fürsorgegratifikation" während des Wehrdienstes plötzlich ein, könnte das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gestört werden. Da beim ruhenden Arbeitsverhältnis die Pflichten bestehen bleiben müssen, die das Vertrauensverhältnis garantieren, müßte also die Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung der Gratifikation auch während des Wehrdienstes bestehen bleiben. Der dieser Schlußfolgerung zugrundeliegende Gedanke darf jedoch nicht zu einer Besserstellung des einberufenen Arbeitnehmers gegenüber den Nichteinberufenen führen, da nur eine Gleichstellung bezweckt ist. In Fällen, in denen dem Arbeitnehmer von anderer Seite Leistungen zukommen, die sonst Sache des Arbeitgebers sind, kann dem Arbeitnehmer kein Anspruch mehr gegen seinen Arbeitgeber zustehen. Das gilt auch, wenn die Leistungen von anderer Seite nicht so hoch sind wie die des Arbeitgebers. Diese Belastung liegt im Rahmen der Opfergrenze, die dem Arbeitnehmer zugemutet wird

---

1) zur Einschränkung der Vertragsfreiheit durch den Schutzzweck der VO'en 1937 und 1940, der dem des ArbPlSchG entspricht: BAG Urt. v. 29.6.1967 - 5 AZR 39/67, Betr. 1967, 1638 f.; a. A. Sahmer, aaO, Rdnr. 11 d., der je nach Vereinbarung zu einer anteilsmäßigen Auszahlung oder einer völligen Versagung kommt; s. zu gesetzgeberischen Bestrebungen, das Weihnachtsgeld sogar ungekürzt an Wehrpflichtige zu zahlen und zu dagegen erhobenen Bedenken, Streppel, ArbuR 1970, 81 (83), Nr. 11;

und zugemutet werden kann. Der Wehrdienst leistende Arbeitnehmer erhält nach dem Wehrsoldgesetz und nach dem Unterhaltssicherungsgesetz in weitgehendem Maße die gleichen Leistungen, die er vom Arbeitgeber erhalten hätte. Die Leistungen nach diesen gesetzlichen Bestimmungen enthalten nach dem Wehrsoldgesetz für den Wehrpflichtigen z. B. Sold, Verpflegung, Unterkunft, Dienstbekleidung, Heilfürsorge, Übungs-, Dienst- und Entlassungsgeld und nach dem Unterhaltssicherungsgesetz für einen weiten Kreis der Familienangehörigen Unterhaltssicherung in Form von allgemeinen Leistungen (§ 5 USG), Einzelleistungen (§ 6 USG), Sonderleistungen (§ 7 USG)[1] und Verdienstausfallentschädigungen (§§ 13, 13a USG)[2]. Die Leistungen sind gestaffelt nach Personenstand, Familienangehörigen und Kinderzahl. Damit ist - wenn auch nicht in gleichem Umfang wie bei einem normalen Arbeitsverhältnis - gewährleistet, daß der Arbeitnehmer vom Bund finanziell so gestellt wird, daß er den Verpflichtungen gegenüber seinen Angehörigen weitgehend nachkommen kann und selbst bei Krankheit und in versicherungsrechtlicher Hinsicht geschützt ist. Der Arbeitnehmer kann also einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf diese Art der Gratifikation nicht geltend machen[3].

c) Treueprämie

Die Treueprämie ist eine Sondervergütung zwecks Anerkennung besonderer Treue zum Betrieb[4], die sich in langjähriger Mitarbeit und beständigem Einsatz äußert. Da die Wehrpflichtigen im Zeitpunkt der Einberufung zum Grundwehrdienst idR noch nicht die Voraussetzungen für einen

---

1) darunter fallen z. B. Krankenhilfe an Familienangehörige und Beiträge zu Versicherungen; Mietbeihilfe; Aufwendungsersatz verschiedener Art;
2) s. im einzelnen Eichler, Unterhaltssicherungsgesetz, nach dem Stand von August 1969;
3) s. im Ergebnis ebenso Leube, aaO, S. 63; Röhsler, Betr. 1959, 624 f. allerdings in der Begründung abweichend. Röhsler sieht das aktive Arbeitsverhältnis als "Geschäftsgrundlage" für solche Art der Gratifikationen an; diese Geschäftsgrundlage ruhe mit dem Arbeitsverhältnis;
4) s. Nikisch I, § 32 I, S. 401;

Anspruch auf eine solche Prämie erfüllen, wird das Problem, welchen Einfluß das Ruhen des Arbeitsverhältnisses auf diese Art der Ansprüche hat, nicht häufig auftreten. Größere Bedeutung gewinnt das Problem in den Fällen der Wehrübung.

Albrecht[1] will bei der Treueprämie ähnliche Grundsätze anwenden wie bei der Weihnachtsgratifikation, d. h. die Treueprämie anteilsmäßig auf die Zeit der aktiven Beschäftigung beschränken[2]. Den Grund hierfür sieht er darin, daß "die Treueprämie meist nicht allein aufgrund der Betriebszugehörigkeit als solcher, sondern vor allem auch wegen des während dieser Zeit geleisteten Beitrags zum Aufbau des Betriebes gezahlt wird". Das würde bedeuten, daß z. B. ein Arbeitnehmer, der nach 10 Jahren Betriebszugehörigkeit Anspruch auf eine Treueprämie hat und nach 9 Jahren und 11 Monaten zum Wehrdienst einberufen wird, nicht die volle Treueprämie erhält, sondern der Anteil von einem Monat abgezogen wird. Der Auszahlungszeitpunkt der so gekürzten Prämie bleibt zudem offen. Diese Auffassung vermag nicht zu überzeugen. Sie stellt einseitig auf das zeit- und leistungsbezogene Moment als Grund für die Zahlung einer Treueprämie ab. Zwar ist zuzugeben, daß dieses Motiv immer mitspielt, doch bleibt das maßgebliche Kriterium, das betriebsverbundene Verhalten (Treuemoment), unberücksichtigt. Gerade die Treueprämie ist aber ein - wenn nicht d a s - Beispiel für die persönliche Verbundenheit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Nach den gesetzlichen Bewertungsmaßstäben soll während des Ruhens gerade dieses Band aktiv erhalten bleiben. Der Wehrdienst kann nicht als Zeichen mangelnder Treue zum Betrieb angesehen werden, denn der Arbeitnehmer wird ohne seinen Willen aus der Beschäftigung in seinem Betrieb gerissen. Seine Verbundenheitspflichten zum Arbeitgeber bleiben bestehen, worauf noch ausführlich einzugehen ist. Damit muß dem Arbeitnehmer auch während

---

1) aaO, S. 77 f.;
2) einen uneingeschränkten Anspruch will er nur dann einräumen, wenn die Zahlung ihren Grund ausschließlich in der "rechtlichen Betriebszugehörigkeit" habe, was "allerdings praktisch nie der Fall sein" werde;

des Wehrdienstes ein Anspruch auf die volle Treueprämie zustehen, wenn während dieser Zeit der Zeitpunkt der Auszahlung eintritt. Die dem Arbeitgeber zumutbare Opfergrenze wird damit nicht überschritten. Wollte man ihm ein anteiliges Kürzungsrecht zubilligen oder verlangen, daß die Wehrdienstzeit als aktive Arbeitszeit zur Erlangung der Treueprämie nachgeholt wird, würde man die Treueprämie zu einer reinen Sondervergütung für eine bestimmte Zeit der Arbeitsleistung herabstufen. Das liefe ihrem Charakter zuwider[1]. Dieses Ergebnis kann im Falle einer z. B. einmonatigen Unterbrechung der "Treuezeit" durch eine Wehrübung keinem Zweifel unterliegen. Für den Grundwehrdienst muß das gleiche gelten, denn dem Sinn des Gesetzes nach soll jede Wehrdienstart gleich behandelt werden. Das ist ausdrücklich den Gesetzesmotiven zu entnehmen[2] und folgt auch daraus, daß § 1 I ArbPlSchG Grundwehrdienst und Wehrübung auf eine Stufe stellt.

§ 7 Treue- und Fürsorgepflichten im weiteren Sinn[3]

I. Gesetzlich geregelte Fälle

Die gesetzlich geregelten Fälle beschränken sich auf den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers und auf die betriebliche Alters- und Hinterbliebenenversorgung, also auf Fürsorgepflichten iwS.

1. Urlaub

§ 4 ArbPlSchG regelt die Frage, inwieweit sich der Wehrdienst auf den Erholungsurlaub auswirkt, "der dem Arbeitnehmer für ein Urlaubsjahr

---

1) im Ergebnis so auch LAG Düsseldorf Urt. v. 7. 10. 1966 - 4 Sa 222/66, BB 1967, 250; als Revisionsentscheidung: BAG Urt. v. 29. 6. 1967 - 5 AZR 39/67, AP Nr. 13 zu § 611 BGB "Kriegsdienstzeiten"; etwas abweichend: LAG Hamburg Urt. v. 22. 9. 1966 - 2 Sa 115/66, BB 1967, 311 f.;
2) BT-Drucksache II/3117, S. 9/10;
3) Schwerdtner, ZRP 1970, 62 ff. (67) will diese Begriffe ganz aufgeben, da ihnen ein "bitterer Beigeschmack eigen" sei; er verkennt, daß diese Begriffe inzwischen juristisch festgelegt sind;

[illegible] (§ 1 ...) [illegible] [illegible] [illegible]

empfänger der privaten Wirtschaft betrifft. Die Rechtsposition des Arbeitnehmers im Hinblick auf zusätzliche Alters- und Hinterbliebenenversorgungen bleibt trotz des Wehrdienstes ungeschmälert erhalten. Die Leistungen der freiwilligen Altersversorgung sind Teil der Fürsorge des Arbeitgebers[1] und damit ein Zeichen der allgemeinen Verbundenheit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Diese Verbundenheit ist Garant für den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses auch während des Ruhens. Infolgedessen ist der Arbeitgeber auch während des Wehrdienstes des versicherten Arbeitnehmers zur Fortzahlung der Beitragsanteile verpflichtet. Da auch der Arbeitnehmer seine Beiträge weiterzahlt, wird erreicht, daß es keine beitragslosen Zeiten gibt und die Versicherung während des Wehrdienstes nicht erlöschen kann[2]. Im nachträglichen Erstattungsverfahren übernimmt der Bund die beiderseits entstandenen Kosten (§§ 5 III iVm 5 II ArbPlSchG[3].

II. Gesetzlich nicht geregelte Fälle

Nach "h. M." bleiben Treue- und Fürsorgepflichten während des Wehrdienstes bestehen. Sie sollen allerdings der "veränderten Sach- und Rechtslage angepaßt" werden. Diese "Formel" mag zwar nicht falsch sein. Doch gibt sie keine Maßstäbe, wann und wie angepaßt werden soll. Diese lassen sich nur den gesetzlichen Bewertungsfaktoren entnehmen. Sie sollen im folgenden zur Lösung der Fälle herangezogen werden.

1. Treuepflichten des Arbeitnehmers

a) Verbot der Ruf- und Kreditgefährdung

Das Verbot der Ruf- und Kreditgefährdung entspringt dem Pflichtenkreis des Arbeitnehmers, der ein gemeinschaftstreues Verhalten verlangt[4].

---

1) s. Hueck-Nipperdey I, § 52 III (S. 477 f.), der die Meinung vom fürsorgerechtlichen Charakter des Ruhegelds für herrschend hält; etwas abweichend: Bobrowski-Gaul, aaO, F VI, 5;
2) s. dazu BT-Drucksache II/3117, S. 13;
3) s. dazu auch die Durchführungsverordnung gem. § 5 V ArbPlSchG v. 29.4.1961, BGBl. I, 509;
4) s. mwN Albrecht, aaO, S. 66;

Diese Pflichten ruhen nach den gesetzlichen Bewertungsmaßstäben nicht, so daß auch das Verbot der Ruf- und Kreditgefährdung bestehen bleibt[1]. Denn eine Freistellung von diesem Verbot ist ohne Risiko für den Bestand des Vertrauensverhältnisses und damit dem des gesamten Arbeitsverhältnisses nicht möglich. Dem Arbeitgeber wäre es auch nicht zumutbar, einen Arbeitnehmer wiederzubeschäftigen, der sich während des Wehrdienstes eines groben Treueverstoßes in Form einer Ruf- oder Kreditgefährdung schuldig gemacht hat. Dem Arbeitnehmer dagegen kann die Einhaltung des Verbots zugemutet werden, da ihm weitgehend die Vorteile des Arbeitsverhältnisses erhalten bleiben. Auch das Verbot der Verleitung anderer Betriebsangehöriger zu Pflichtverletzungen[2] bleibt in gleichem Maße wie bei einem nichtruhenden Arbeitsverhältnis bestehen.

Der Arbeitgeber ist in Fällen grober Verstöße nicht mehr an das Kündigungsverbot oder an die Wiedereingliederungspflicht gebunden.

b) Verschwiegenheitspflicht[3]

Die bei der Entlassung aus dem Arbeitsverhältnis umstrittene Frage, ob der Arbeitnehmer noch an die Verschwiegenheitspflicht gebunden ist[4], spielt beim ruhenden Arbeitsverhältnis keine Rolle. Denn das ruhende Arbeitsverhältnis besteht fort, der Arbeitnehmer wird nicht entlassen. Deshalb gilt für die Verschwiegenheitspflicht sinngemäß das gleiche wie für das Verbot der Ruf- und Kreditgefährdung, da beide Verhaltensweisen dem Gebot zu gemeinschaftstreuer Einstellung entspringen. Eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht während des Wehrdienstes würde die Vertrauensgrundlage derart erschüttern, daß eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erschwert, wenn nicht unmöglich gemacht würde. Will sich der Arbeitnehmer die Vorteile, die ihm ein ruhendes Arbeitsverhältnis bringt, erhalten, kann er von dieser Pflicht nicht befreit werden[5].

1) so auch Albrecht, aaO, S. 66;
2) s. Hueck-Nipperdey I, § 37 I, S. 242;
3) sie ist z. T. gesetzlich normiert, s. § 17 UWG;
4) s. Hueck-Nipperdey I, § 37 III, 1 (S. 244 ff.);
5) so auch Albrecht, aaO, S. 71 ff. (73) mwN; Leube, aaO, S. 79;

c) Schmiergeldverbot[1]

Der Arbeitgeber muß auch verlangen können, daß der Arbeitnehmer während des Wehrdienstes keine Schmiergelder fordert oder annimmt. Denn das ruhende Arbeitsverhältnis entfaltet insofern noch Wirkungen, als der Arbeitnehmer auch während des Wehrdienstes in erster Linie die Interessen seines Arbeitgebers zu wahren hat. Nur unter dieser Verpflichtung ist es dem Arbeitgeber zuzumuten, den Arbeitnehmer freizustellen und den Arbeitsplatz mit den dazugehörigen Vorteilen freizuhalten.

d) Wettbewerbsverbot

Aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers ergibt sich, daß "jeder Arbeitnehmer ohne Einwilligung des Arbeitgebers keine Konkurrenztätigkeit übernehmen darf, die geeignet ist, den Arbeitgeber unmittelbar zu schädigen"[2].

Umstritten ist in Lit. und Rspr., ob sich das Wettbewerbsverbot lediglich auf die Dauer der tatsächlichen Beschäftigung oder die Dauer des rechtlichen Bestehens des Arbeitsverhältnisses beschränkt[3]. Der Streit ist deshalb entstanden, weil der Arbeitnehmer in Fällen, in denen das Arbeitsverhältnis zwar rechtlich fortbesteht, er aber keinen Lohn erhält (z. B. bei der Werksbeurlaubung), oft auf eine Tätigkeit angewiesen ist, die sich als Wettbewerbshandlung darstellt. Im Fall der Arbeitsunterbrechung durch den Wehrdienst tritt dieses Problem jedoch nicht auf, und deshalb ist auch auf den Streit nicht einzugehen. Denn der einberufene Arbeitnehmer und seine Angehörigen werden während des Wehrdienstes von der Bundeswehr versorgt. Für die Frage nach dem Fortbestand des Wettbewerbsverbots ist hier allein folgendes maßgeblich: Der mit dem Ruhen bezweckte Schutz des Arbeitnehmers kann nur gewährleistet werden, wenn der Arbeitnehmer sich auch während der Ruhezeit

---

1) auch dieses ist z. T. (z. B. in § 12 UWG) normiert; s. auch Hueck-Nipperdey I, § 37 III, 2 (S. 247 f.);
2) s. allgemein Hueck-Nipperdey I, § 38, S. 249 ff. (251);
3) s. mwN Albrecht, aaO, S. 67 f.; vgl. auch Leube, aaO, S. 78 f.;

als schutzwürdig erweist, indem er zeigt, daß er sich weiterhin dem Betrieb verbunden fühlt und sich nicht gegen ihn schädigend einsetzt. Wettbewerbshandlungen sind genau entgegengesetzte Verhaltensweisen; sie sind deshalb untersagt.

e) Anzeigepflichten

Von den Treuepflichten des Arbeitnehmers sind einige typische Unterlassungspflichten behandelt worden. Die Treuepflicht kann den Arbeitnehmer aber auch zu positivem Handeln verpflichten[1] und äußert sich dann insbesondere in Anzeigepflichten. Soweit diese auf den Leistungsaustausch bezogen sind (z. B. Anzeige von Maschinenschäden), ruhen sie mit diesem[2]. Andere Anzeigepflichten betreffen aber auch die allgemeinen betrieblichen Belange (z. B. Anzeige von Diebstählen, Veruntreuungen) und gehören damit zu den Pflichten, deren Fortbestand erforderlich ist, um das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu erhalten. Allerdings sind die Möglichkeiten des Arbeitnehmers, von dererlei Dingen zu erfahren, während seiner Abwesenheit vom Betrieb erheblich vermindert. Die Anzeigepflichten sind also in weit stärkerem Maße als die Unterlassungspflichten eingeschränkt. Das ist daraus zu erklären, daß sich die positiven Treuepflichten idR an die Arbeitsleistung und damit an die organisatorische Eingliederung in den Betrieb anschließen, während die Unterlassungspflichten dem Erhalt der allgemeinen Vertrauensgrundlage dienen, auf deren Basis sich das Arbeitsverhältnis aufbaut, die beim ruhenden Arbeitsverhältnis nicht gefährdet werden darf.

2. Fürsorgepflichten des Arbeitgebers

a) Beschäftigungspflicht

Zwar ist nicht ganz unumstritten, ob die Beschäftigungspflicht in der Fürsorgepflicht wurzelt, doch wird überwiegend vertreten, daß die Fürsorge-

---

1) s. Hueck-Nipperdey I, § 37 I, S. 242 f.;
2) so auch Leube, aaO, S. 78;

pflicht zumindest eine Quelle für die Beschäftigungspflicht ist[1]. Da der Arbeitgeber den Arbeitnehmer während des Wehrdienstes freistellen muß, ruht für diese Zeit die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers.

b) Gleichbehandlungspflicht

Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Arbeitnehmer ist heute als wichtiges Prinzip allgemein anerkannt[2]. Zwar bestehen keine einheitlichen Vorstellungen darüber, auf welcher Rechtsgrundlage der Gleichbehandlungssatz beruht[3]. Da er jedoch überwiegend aus der Fürsorgepflicht hergeleitet wird[4], erfolgt die Erörterung an dieser Stelle. Die Rechtsfolge ist in jedem Fall die gleiche, unabhängig davon, woraus man die Gleichbehandlungspflicht herleitet: Es soll eine willkürliche Benachteiligung einzelner Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen verhindert werden, d. h. eine Differenzierung darf nur aus sachlichen Gründen vorgenommen werden[5]. Ob und in welchem Ausmaß Differenzierungen erlaubt, d. h. sachgemäß und nicht willkürlich sind, läßt sich nicht abstrakt und allgemein feststellen, sondern richtet sich nach der Natur und Eigenart des jeweils in Frage stehenden Sachbereichs, der geregelt werden soll, und des Personenkreises, der von der Regelung betroffen ist[6].

---

1) s. Hueck-Nipperdey I, § 46 II (S. 381 f.); Albrecht, aaO, S. 88 mwN;
2) vgl. RAGE 33, 172 (176 f.); Hueck-Nipperdey I, § 48 a (S. 417 ff.) mwN; Bobrowski-Gaul, aaO, F II, 6 mwN;
3) s. Hueck-Nipperdey, aaO; Bobrowski - Gaul, aaO; Söllner, aaO, § 31 III, S. 206;
4) s. statt vieler Albrecht, aaO, S. 89 mwN Fußnote 517;
5) vgl. z. B. BAG AP Nr. 4 zu § 242 BGB "Gleichbehandlung";
6) s. BVerfGE 6, 84 (91); 17, 122 (130), deren Grundsätze zum Gleichheitssatz auch hier gelten, da der Gleichheitssatz neben der Normierung in Art. 3 GG ein "selbstverständlicher ungeschriebener Verfassungsgrundsatz in allen Bereichen und für alle Personengemeinschaften ist" (BVerfGE 6, 91) und als Rechtsgedanke auch im Privatrecht gilt. Zum Grundsatz der Akzessorietät des Gleichheitssatzes s. Lerche, BVerfG und Verfassungsdirektiven, AöR Band 90, S. 358; Salzwedel, Gleichheitsgrundsatz, Jahrreiß - Festschrift, S. 342;

Für den hier erörterten Zusammenhang bedeutet dies folgendes: Da es auf das zu regelnde Sachgebiet ankommt, ist die Abwesenheit wegen Wehrdienstes als solche kein sachlicher Gesichtspunkt der Differenzierung. Das folgt auch aus dem Zweck des Ruhens: Die Gleichbehandlungspflicht des Arbeitgebers ist eine der Pflichten, die dem Erhalt des gegenseitigen Vertrauensverhältnisses dienen. Der Arbeitgeber beweist dadurch, daß er jeden Arbeitnehmer gleich achtet. Diese Pflicht ruht deshalb während des Wehrdienstes nicht, sondern besteht aktiv fort. Durch das ArbPlSchG wird also das schon dem Gleichbehandlungsgrundsatz innewohnende Prinzip, allein nach der zu regelnden Materie zu differenzieren, wiederholt und bestärkt. Die Fortgeltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes während des Wehrdienstes bedeutet nun allerdings nicht, daß jeder Arbeitnehmer, der Wehrdienst leistet, einen uneingeschränkten Anspruch darauf hat, so behandelt zu werden, wie die im Betrieb arbeitenden Arbeitnehmer. Es ist durchaus möglich, daß die Abwesenheit des Arbeitnehmers bei der zu regelnden Materie mitspielt und berücksichtigt werden kann, wenn z. B. die zu regelnde Sachfrage davon abhängig ist, ob der Arbeitnehmer im Betrieb arbeitet oder für längere Zeit abwesend ist. Der abwesende Arbeitnehmer hat aber auch nicht lediglich einen Anspruch darauf, mit den ebenfalls abwesenden Arbeitnehmern gleich behandelt zu werden[1]. Zu diesem Ergebnis kann man zwar leicht gelangen, wenn man den häufig verwendeten Satz: "Gleiches gleich und Ungleiches nach Maßgabe der vorhandenen Verschiedenheiten ungleich"[2] zu behandeln, anwendet, ohne die notwendige Ergänzung zu machen, daß nur innerhalb des betreffenden Sachgebietes Gleiches gleich zu behandeln ist, zwischen dem Gleichbehandlungsgrundsatz und der zu regelnden Materie also ein akzessorisches Verhältnis besteht.

---

1) so versteht Albrecht, aaO, S. 90 den Gleichbehandlungsgrundsatz bei Wehrdienst leistenden Arbeitnehmern;
2) vgl. z. B. BAG Urt. v. 4.10.1956 - 2 AZR 213/54, AP Nr. 4 zu § 611 BGB "Gratifikation" (Blatt 2) mwN;

c) Fürsorgepflicht im engeren Sinn

Als Fürsorgepflicht ieS sollen hier die Schutzpflichten des Arbeitgebers gegenüber Person und Sachen des Arbeitnehmers verstanden werden.

aa) Ausgangspunkt der Fürsorgepflicht ist das Bestreben, die körperliche Unversehrtheit und Gesundheit des Arbeitnehmers bei der Arbeit zu gewährleisten[1]. Die Erfüllung dieser Pflicht soll vor Gefahren bewahren, die von Arbeitsräumen, Maschinen und anderen Gerätschaften herrühren. Der Arbeitgeber hat solche Arbeitsbedingungen zu schaffen, daß dem Arbeitnehmer kein Schaden für seine Person entstehen kann[2]. Diese Pflicht dient zwar dem Erhalt der gegenseitigen Vertrauensgrundlage und könnte deshalb als fortbestehend angesehen werden. Doch ist dieses Vertrauen lediglich auf die gefahrlose Arbeitsleistung orientiert und nicht auf die allgemeine partnerschaftliche Verbundenheit. Nur diese Art der Verbundenheitspflichten bleibt aktiv bestehen, so daß die hier behandelte Fürsorgepflicht ruht.

Das gleiche gilt auch für die Pflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer von der Haftung für Schadensverursachung bei gefahrgeneigter Arbeit freizustellen[3].

bb) Die Fürsorgepflicht ist heute auch auf den Schutz des Eigentums des Arbeitnehmers ausgedehnt[4]. Auch sie wird idR vom Ruhen erfaßt. Zwar ist die Erfüllung dieser Pflicht geeignet, das Vertrauen des Arbeitnehmers auf den Schutz seines Eigentums am Arbeitsplatz zu stärken. Doch dieser Schutz wird vom Arbeitnehmer nur gefordert, wenn er in den

---

1) dieser Gedanke kommt in einigen gesetzlichen Vorschriften zum Ausdruck, z. B. in § 618 BGB, von dem die Entwicklung der Fürsorgepflicht ihren Ausgang genommen hat; vgl. auch §§ 62 HGB, 120 a GewO;
2) s. Sitzler, AR-Blattei, Fürsorgepflicht, Übersicht und unter I, B;
3) s. dazu Hueck-Nipperdey I, § 35 II, 4 (S. 232 ff.); Albrecht, aaO, S. 88 f. mwN; Leube, aaO, S. 64;
4) Dersch, Herschel-Festschrift, S. 79;

Betrieb eingegliedert ist und sein Eigentum dort zurückläßt. Der Vertrauensschutz bezieht sich also auf die organisatorische Ebene des Arbeitsverhältnisses. Entfällt diese, wird auch die Fürsorgepflicht hinfällig. Sie bleibt nur dann bestehen, wenn der Arbeitnehmer Sachen im Betrieb beläßt. Während des 18-monatigen Wehrdienstes ist das aber unwahrscheinlich; bei den kürzeren Wehrübungen kann es jedoch der Fall sein. Die tatsächlichen Gegebenheiten sind maßgeblich dafür, ob diese Pflicht ruht oder weiterbesteht[1].

Zusammenfassung:

Es hat sich gezeigt, daß sich die These der "h. M.", die Treue- und Fürsorgepflichten blieben bestehen, jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht aufrechterhalten läßt. Es sei denn, man wollte die angefügte Formel von der "Anpassung an die veränderte Sach- und Rechtslage" als rettenden Ausweg benutzen. Sie ist jedoch zur Lösung konkreter Fälle ungeeignet, solange man nicht weiß, welche Maßstäbe zur "Anpassung" herangezogen werden. Nach den gesetzlichen Bewertungsmaßstäben ruht die Fürsorgepflicht in ihren Ausgestaltungen in weiterem Maße als die Treuepflicht. Das liegt daran, daß die Fürsorgepflicht mehr auf den im Betrieb tätigen Arbeitnehmer orientiert ist, also an den organisatorischen Tatbestand des Arbeitsverhältnisses und nicht an die allgemeine Vertrauensgrundlage anknüpft[2]. Sie ist ein Korrelat zur persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers[3]. Je weitgehender der Arbeitnehmer aus dem Produktionsprozeß ausgeschaltet ist, desto geringer wird die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers[4]. Es ist verständlich, daß sie deshalb während des Wehrdienstes eingeschränkt ist und wegen der Abwesenheit des Arbeitnehmers weitgehend ruht[5]. Zwar ruhen auch beim Arbeitnehmer einige Treuepflichten, nämlich diejenigen, die unmittelbar an die Eingliederung

---

1) Leube, aaO, S. 64;
2) zu dieser Unterscheidung s. o. § 4 III;
3) Söllner, Arbeitsrecht, § 28 III (S. 197); § 31 (S. 205);
4) Bobrowski-Gaul, aaO, F I, 13;
5) Söllner, aaO, § 13 II, 2, b (S. 89); Leube, aaO, S. 128;

in die Betriebsorganisation anknüpfen. Der weitaus größere Teil der Treuepflichten liegt jedoch nicht auf der Ebene der betrieblichen Organisation[1], sondern auf der allgemeinen Vertrauensebene. Diese ist die Basis des ruhenden Arbeitsverhältnisses. Sie darf nicht gefährdet werden. Die sie erhaltenden Pflichten werden nicht vom Ruhen erfaßt.

§ 8 Ruhen bei Arbeitsverhältnissen eigener Art

In diesem Abschnitt geht es darum, die Auswirkungen des Ruhens auf Arbeitsverhältnisse zu untersuchen, die aufgrund vertraglicher Vereinbarung oder wegen tatsächlicher Umstände besonders gestaltet sind. Auch dabei muß der Zweck des Ruhens während des Wehrdienstes maßgeblicher Bewertungsfaktor sein.

I. Gesetzlich geregelter Fall

Im ArbPlSchG ist nur ein Fall dieser Art geregelt, nämlich der des § 1 IV mit zwei Alternativen.

1. Befristetes Arbeitsverhältnis

Das befristete Arbeitsverhältnis, d. h. ein Arbeitsverhältnis, dessen Endzeitpunkt von den Parteien vereinbart worden ist[2], soll nach dem Willen des Gesetzgebers zu dem Zeitpunkt enden, zu dem es auch ohne den Wehrdienst geendet hätte. Das Ruhen hemmt also nicht den Zeitablauf[3]. Diese Regelung widerspricht nicht dem Zweck des ArbPlSchG. Das Ruhen des Arbeitsverhältnisses soll dem Arbeitnehmer während des Wehrdienstes den Arbeitsplatz nur insoweit sichern, als es dem Willen der Vertragsparteien entspricht. Beim befristeten Arbeitsverhältnis gehen beide Vertragsparteien idR davon aus, daß das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt endet[4], gleichgültig ob die Erbringung

---

1) s. Metzmaier, aaO, S. 143; Söllner, aaO, § 28 III/IV;
2) vgl. § 620 BGB;
3) so auch Siebert, Arbeitsverhältnis und Kriegsdienst, S. 42, 145 f.; Sahmer, Kommentar, Rdnr. 18 ff.;
4) s. Hueck-Nipperdey I, S. 530 ff.; Sahmer, Kommentar, Rdnr. 19a;

der Arbeitsleistung während dieser Zeitspanne durch den Wehrdienst unmöglich wird[1]. Auch in den Fällen, in denen das Arbeitsverhältnis während des Wehrdienstes endet und der Arbeitnehmer dadurch u. U. Schwierigkeiten haben könnte, einen neuen Arbeitsplatz zu finden, kann man nicht davon ausgehen, daß der Wille der Vertragsparteien auf eine Verlängerung des befristeten Arbeitsverhältnisses gerichtet ist. Denn sowohl der Zeitpunkt des Fristablaufs als auch der der Einberufung sind den Vertragsparteien idR bekannt, so daß beide entsprechende Dispositionen haben treffen können[2].

2. Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen

Die zweite Alternative des § 1 IV ArbPlSchG ordnet für andere Beendigungsgründe des Arbeitsverhältnisses die gleiche Rechtsfolge an wie für die befristeten Arbeitsverhältnisse. Es handelt sich z. B. um Fälle der Zweckerreichung, der vertraglichen Aufhebung des Arbeitsverhältnisses[3] oder einer zulässigen Kündigung, insbesondere wenn sie vor dem Wehrdienst ausgesprochen, aber erst während des Wehrdienstes wirksam wird. Auch in diesen Fällen hemmt das Ruhen nicht den Zeitablauf. Der Schutzgedanke des Ruhens kommt nicht zum Tragen, da nach beiderseitigem Willen der Arbeitsplatz nicht über den vereinbarten Zeitpunkt erhalten werden soll.

II. Gesetzlich nicht geregelte Fälle

1. Probe- und Ausbildungsarbeitsverhältnis

Man könnte sich auf den Standpunkt stellen, durch § 6 III ArbPlSchG seien diese beiden Arten des Arbeitsverhältnisses bereits geregelt[4]. Denn

---

1) entgegenstehende Vereinbarungen sind zulässig, s. Sahmer, aaO, Rdnr. 18;
2) so auch Siebert, Arbeitsverhältnis und Kriegsdienst, S. 146, insbesondere auch zu dem Problem, wann eine Berufung auf den Fristablauf für unwirksam oder schadensersatzpflichtig erklärt werden könnte;
3) s. Bundestags-Drucksache II/3117, S. 10; Sahmer, aaO, Rdnr. 20;
4) so auch Sahmer, Kommentar, Rdnr. 68 f/i;

wenn die Vorschrift bestimmt, die Wehrdienstzeit werde auf Probe- und Ausbildungsarbeitsverhältnisse nicht angerechnet, läßt sich folgern, daß diese Arbeitsverhältnisse ruhen. Es bleibt jedoch offen, und insofern liegt ein gesetzlich nicht geregelter Fall vor, ob während des Ruhens auch der Zeitablauf dieser Arbeitsverhältnisse gehemmt ist. Es ist nämlich fraglich, ob die Frage des Zeitablaufs durch § 6 III überhaupt geregelt wird, denn die Vorschrift ist primär im Gegensatz zu Absatz II 1, 1. H.S. des § 6 zu sehen, der die Anrechnung der Wehrdienstzeit auf die Betriebs- und Berufszugehörigkeit anordnet[1]. Grundsätzlich ist die Frage des Zeitablaufs befristeter Arbeitsverhältnisse - zu denen Probe- und Ausbildungsarbeitsverhältnisse idR zählen - im eben erörterten § 1 IV geregelt. Könnte man diese Vorschrift anwenden, ruhte zwar das Arbeitsverhältnis, der Zeitablauf würde jedoch nicht gehemmt, so daß je nach vereinbarter Probe- bzw. Ausbildungszeit das Arbeitsverhältnis endete, ohne daß die Ruhezeit als Probe- oder Ausbildungszeit angesehen werden könnte. Bei Probe- und Ausbildungsarbeitsverhältnissen steht jedoch nicht so sehr die Zeitbestimmung, als vielmehr der Probe- und Ausbildungszweck im Vordergrund. Beide Arbeitsverhältnisse sind nicht deswegen befristet, um sie zu einem bestimmten Zeitpunkt enden zu lassen, sondern um nach Ablauf der Probe- bzw. Ausbildungszeit unbefristete Arbeitsverhältnisse vereinbaren zu können. Diese Vereinbarung wird aber - wie in § 6 III zum Ausdruck kommt - nur bei tatsächlicher Ableistung der Probe- bzw. Ausbildungszeit getroffen. Eine Anwendung des § 1 IV würde diesem Bestreben widersprechen. Sie wäre aber auch mit dem Schutzzweck des ArbPlSchG nicht vereinbar. Denn auch der im Probe- oder Ausbildungsarbeitsverhältnis stehende Arbeitnehmer hat Anspruch auf Arbeitsplatzschutz, d. h. hier Anspruch auf Gewährung der vollen Probe- und Ausbildungszeit[2]. Erst aus Sinn und Zweck des ArbPlSchG und des Probe- bzw. Ausbildungsarbeitsverhältnisses ergibt sich

---

1) s. BT-Drucksache II/3117, S. 14; Leube, aaO, S. 52; a. A. Sahmer, aaO, Rdnr. 682, der § 6 III auch als Spezialregelung gegenüber § 1 IV ansehen will;
2) s. dazu BT-Drucksache II/3117, S. 14;

in Verbindung mit § 6 III, daß das Probe- und Ausbildungsarbeitsverhältnis unter Hemmung des Zeitablaufs ruht[1].

2. Insolvenzverfahren

Fraglich ist das Schicksal des ruhenden Arbeitsverhältnisses, wenn der Arbeitgeber in ein Insolvenzverfahren gerät. Die Problematik soll nur insoweit vertieft werden, als sie für die hier behandelte Frage von Bedeutung ist[2]. Es ist zu klären, ob das Arbeitsverhältnis während des Insolvenzverfahrens weiter ruht oder beendigt wird.

Sowohl beim Konkurs als auch beim Vergleich hat das Insolvenzverfahren keinen unmittelbaren Einfluß auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses. Dieses erlischt also nicht etwa mit der Eröffnung des Verfahrens[3]. Es besteht jedoch bei beiden Verfahren die Möglichkeit, dem Arbeitnehmer fristgemäß zu kündigen (§§ 50, 51 VerglO; 22 KO). Für die fristlose Entlassung bildet die Eröffnung des Verfahrens selbst keinen "wichtigen Grund". Nach der Eröffnung "kann ein Arbeitsverhältnis nur dann fristlos gekündigt werden, wenn außer ihr ein anderer Grund vorliegt, der wichtig genug ist, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen"[4]. Dies ist jedoch eine Frage des Kündigungsschutzes (§ 2 II/III ArbPlSchG; § 1 II KSchG). Festzuhalten bleibt deshalb hier: Auch das ruhende Arbeitsverhältnis wird durch ein Insolvenzverfahren nicht automatisch aufgelöst, sondern dauert an, bis zulässigerweise eine Kündigung ausgesprochen worden ist.

3. Arbeitskampf

Bei dem Problem, was mit dem nach dem ArbPlSchG ruhenden Arbeits-

1) anders Leube, aaO, S. 52 f., der § 1 IV auf Probe- und Ausbildungsarbeitsverhältnisse anwenden will;
2) näheres bei Wichmann, Der Arbeitnehmer im Konkurs- und Vergleichsverfahren des Arbeitgebers, §§ 1 - 5;
3) § 23 II KO gilt nur für Dienstverträge, die auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet sind (§§ 611 ff.; 675 BGB), nicht für das Arbeitsverhältnis; s. Wichmann, aaO, § 1 I, S. 26 mwN;
4) so für den Konkurs BAG Urt. v. 25.10.1968 - 2 AZR 23/68, NJW 1969, 525 mit - m. E. unzutreffender - ablehnender Anmerkung von Lotze, NJW 1969, 2254 f.;

verhältnis bei Arbeitskämpfen (Streik oder Aussperrung) im Betrieb des Wehrdienst leistenden Arbeitnehmers geschieht, interessiert hier nur die Frage, ob der ruhende Zustand des Arbeitsverhältnisses erhalten bleibt oder nicht. Dabei ist es nicht möglich, zu der noch überaus kontroversen Problematik der Auswirkungen von Arbeitskämpfen auf das Arbeitsverhältnis Stellung zu nehmen[1]. Die verschiedenen Meinungen sollen hier nebeneinander gestellt werden.

Geht man von der suspendierenden Wirkung des Arbeitskampfes, gleichgültig ob Streik oder Aussperrung, aus ("Suspendierungstheorie"), ändert sich an dem aufgrund Wehrdienstes ruhenden Zustand des Arbeitsverhältnisses nichts. Die Rechtsfolge des § 1 I ArbPlSchG tritt unabhängig davon ein, ob die Arbeitsverhältnisse der nicht Wehrdienst leistenden Arbeitnehmer voll aktiv oder ebenfalls suspendiert sind.

Ob sie auch unabhängig davon eintritt, daß die Arbeitsverhältnisse aller nicht einberufenen Arbeitnehmer aus Gründen eines Arbeitskampfes aufgelöst werden ("Auflösungstheorie"), ist jedoch fraglich. Durch das Ruhen soll zwar der Arbeitsplatz des Wehrpflichtigen erhalten werden, doch nur, wenn ihm dieser auch bei normaler Weiterarbeit erhalten geblieben wäre. Der seiner Wehrpflicht nachkommende Arbeitnehmer soll nicht anders gestellt werden als seine übrigen Arbeitskollegen. Sein ruhendes Arbeitsverhältnis wird deshalb bei lösender Wirkung des Arbeitskampfes ebenfalls beendet. Fraglich ist allerdings, welche Rechtslage für den wehrpflichtigen Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitskampfes besteht[2]. Eine Wiedereinstellungspflicht des Arbeitgebers kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung wie z. B. nach § 19 V Schwerbeschädigtengesetz[3] kommt nicht in Betracht[4]. Zwar ist der Wehrdienst leistende Arbeitnehmer durch das ArbPlSchG gegen Kündigungen abgesichert; doch geht

---

1) s. dazu Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, § 12 IV; Nipperdey-Säcker, BB 1969, 321 jeweils mwN; s. auch oben § 1;
2) s. hierzu allg. Bulla, AR-Blattei, Arbeitskampf, II G II;
3) vom 14.8.1961 (BGBl. I, 1233); s. dazu Bulla, aaO, unter II 4, a, aa;
4) vgl. zum Wiedereinstellungsanspruch beim Arbeitskampf und zu den Theorien auch den Beschluß des Großen Senats des BAG vom 21.4.1971 - GS 1/68, NJW 1971, 1668 ff.;

dieser Kündigungsschutz nicht so weit, dem Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz zu verschaffen, den er durch rechtmäßige Lösung seines Arbeitsverhältnisses verloren hat[1]. Ein entsprechender Gedanke kommt auch in § 23 KündigSchG (= 25 KSchG n. F.)[2] zum Ausdruck. Dieses Ergebnis führt für den Arbeitnehmer, der sich bei der Bundeswehr befindet, zu einer Härte: Während des Wehrdienstes ist er ohne die Vorteile des ruhenden Arbeitsverhältnisses und nach dem Wehrdienst ohne Arbeit, weil er sich nach dem Arbeitskampf mit lösender Wirkung nicht nach einer neuen Stelle umsehen konnte. IdR wird dieser Nachteil jedoch dadurch vermieden, daß die Tarifpartner in dem nach dem Arbeitskampf abgeschlossenen Tarifvertrag eine Wiedereinstellungsklausel vereinbaren, aufgrund derer die Wiedereinstellung normativ sichergestellt und die Wiederanknüpfung an den Rechtszustand vor Kampfbeginn gewährleistet wird[3]. Von dieser Klausel wird auch das ehemals ruhende Arbeitsverhältnis erfaßt. Zwar bezieht sich der Tarifvertrag nur auf die Teilnehmer des Arbeitskampfes, an dem sich der einberufene Arbeitnehmer nicht beteiligt haben wird, doch treffen ihn die Folgen der Lösung des Arbeitsverhältnisses ebenso wie die übrigen Arbeitnehmer, so daß auch er von der Wiedereinstellung erfaßt werden muß mit der Folge, daß sein gelöstes Arbeitsverhältnis wieder neu, aber als ruhendes, begründet wird.

In den meisten Fällen wird also auch für Wehrdienst leistende Arbeitnehmer der Arbeitskampf zu keinen besonderen Härten führen. Probleme ergeben sich aber dann, wenn - wie es im arbeitgeberischen Ermessen steht - keine Wiedereinstellungsklausel vereinbart wird. In diesem Fall entsteht eine Regelungslücke. Das Arbeitsverhältnis des sich bei der Bundeswehr befindlichen Arbeitnehmers ist erloschen und lebt auch nach Beendigung des Arbeitskampfes nicht wieder auf. Der Arbeitnehmer kann sich nicht, wie eben schon erwähnt, auf den Kündigungsschutz des § 2 ArbPlSchG berufen, da der lösende Arbeitskampf "keine Kündigung ist,

---

1) so auch Bulla, aaO, II 4, a, bb;
2) i. d. F. v. 25. 8. 1969 (BGBl. I, 1317);
3) s. Bulla, aaO, unter II 4, b;

sondern ein den Regeln des Kündigungs- und Kündigungsschutzrechts nicht unterliegender Lösungstatbestand eigener Art". [1] Eine Berufung auf das ArbPlSchG ist also nicht möglich. Eine Regelungsbedürftigkeit, die aus dem gesamten Zweck des ArbPlSchG folgt, liegt aber vor. Denn der Arbeitnehmer, der sich während des Arbeitskampfes beim Wehrdienst befindet, wird durch die lösende Wirkung des Arbeitskampfes im Verhältnis zu den übrigen Arbeitnehmern besonders hart betroffen, und zwar nur aus Gründen des Wehrdienstes. Gerade diese Art von Nachteilen will das ArbPlSchG seinem Grundgedanken nach jedoch verhindern. Der Gesetzgeber hat aber diesen Lebenssachverhalt infolge ungenügender Rechtstatsachenforschung übersehen. Die Gesetzeslücke läßt sich nur durch analoge Rechtsschöpfung schließen, zu der eine Entscheidung des BAG[2] herangezogen werden kann, bei der es um eine ähnliche Problematik ging. Durch einen Arbeitskampf (es handelte sich um eine Aussperrung) waren die Arbeitsverhältnisse zweier Arbeitnehmerinnen, die dem MutterSchG unterfielen, erloschen. Das BAG konnte den Arbeitnehmerinnen nach Beendigung des Arbeitskampfes ohne Wiedereinstellungsklausel keinen Wiedereinstellungsanspruch nach dem MutterSchG zubilligen, insbesondere nicht nach dem speziellen Kündigungsschutz dieses Gesetzes (§ 9; mit § 2 ArbPlSchG zu vergleichen). Denn das Arbeitsverhältnis war ohne Kündigung aufgrund der lösenden Wirkung der Aussperrung erloschen. Das Gericht sah durch eine Verneinung eines Wiedereinstellungsanspruchs auch den Grundgedanken des MutterSchG nicht verletzt, da "auch die geschützte Mutter gewisse Belastungen hinnehmen muß. Eine solche hinzunehmende Beeinträchtigung liegt insbesondere im Risiko, beim Streik durch die Gegenmaßnahme der Aussperrung betroffen zu werden, ein Risiko, das keinem Arbeitnehmer abgenommen werden soll und kann und das sich aus der Freiheit des Arbeitskampfes und der Kampfparität notwendigerweise ergeben muß". [3]

1) so BAG Urt. v. 19. 10. 1960 - 1 AZR 373/58, BAGE 10, 111 ff. = AP Nr. 11 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"; s. a. Brox-Rüthers, aaO, § 12 V 5 ; § 13 II 3;
2) BAG, aaO;
3) BAG, aaO, Blatt 3;

Diese Situation ist mit der des Arbeitnehmers, der sich bei der Bundeswehr befindet, vergleichbar. Der gesetzlich normierte Schutz findet mangels positiver Regelung keine Anwendung. Der allgemeine Schutzgedanke ist zwar berührt, muß jedoch hinter den Grundsätzen des Arbeitskampfrechts zurücktreten.

Das BAG hat die Regelungslücke des MutterSchG, die es wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit der schwangeren Arbeitnehmerin für ausfüllungsbedürftig hielt, in einer Weise ausgefüllt, die für den vorliegenden Fall übernommen werden kann. Das Gericht hat in jenem Fall das arbeitgeberische Ermessen bei der Wiedereinstellung ausgesperrter Arbeitnehmer aufgrund der Rechtsgedanken des MutterSchG und des Art. 6 IV GG für soweit gebunden erklärt, daß der Arbeitgeber "eine besondere sittliche und auch rechtliche Pflicht hat, werdende Mütter und Wöchnerinnen bevorzugt wiedereinzustellen"(1), und hat dies auch aus einer Analogie zu Art 19 V Schwerbeschädigtengesetz für begründet gehalten.

In gleicher Weise muß es deshalb als Ermessensmißbrauch angesehen werden, wenn der Arbeitgeber die Wiedereinstellung eines sich bei der Bundeswehr befindlichen Arbeitnehmers, dessen Arbeitsverhältnis durch einen Arbeitskampf erloschen ist, ablehnen würde. Denn der Schutzgedanke des ArbPlSchG als ein Rechtsgedanke des Arbeitsrechts bindet den Arbeitgeber bei seinem Ermessen in der Richtung, daß der Arbeitgeber die Arbeitnehmer, die unter diesen besonderen Schutz fallen, bevorzugt wiedereinstellen muß, ähnlich wie er nach § 19 V Schwerbeschädigtengesetz zur Wiedereinstellung verpflichtet ist.

4. Mangelhafter Arbeitsvertrag

Schließlich soll noch untersucht werden, wie sich das Ruhen auf einen mangelhaften Arbeitsvertrag(2) auswirkt. Der mangelhafte Arbeitsvertrag ist dadurch gekennzeichnet, daß dem Begründungsakt ein zu seiner

---

1) BAG, aaO, Blatt 3 R; s. auch die Anm. von Hueck, mwN;
2) s. allg. Hueck-Nipperdey I, § 32 (S. 182 ff.);

vollen Wirksamkeit erforderliches Moment fehlt, das Arbeitsverhältnis aber dennoch in Vollzug gesetzt ist und arbeitsrechtliche Pflichten und Rechte bestehen. Wird nun der Arbeitnehmer eines solchen Arbeitsverhältnisses einberufen, bevor es zur Entdeckung des Mangels und zu seiner Behebung gekommen ist, so entsteht ein ruhendes fehlerhaftes Arbeitsverhältnis. Denn die Einberufung zum Wehrdienst kann keinen unmittelbaren Einfluß auf das fehlerhafte Arbeitsverhältnis haben, es führt also z. B. nicht zu seiner Lösung. Es ist aber fraglich, ob der Eintritt des Ruhens die Möglichkeit der Einflußnahme auf die Fehlerquelle ausschließt oder ob eine Einwirkung auch während der Wehrdienstzeit möglich ist. Dazu müssen zwei Arten der Fehlerquellen unterschieden werden. Einmal solche Mängel, die heilbar sind, zum anderen unheilbare Fehler. Bei der ersten Alternative, z. B. fehlenden, aber nachholbaren Zustimmungen oder Formfehlern, ist die Möglichkeit gegeben, das ruhende fehlerhafte Arbeitsverhältnis in ein ruhendes wirksames umzugestalten. Der Arbeitgeber ist, soweit die Behebung des Mangels von ihm abhängt, aufgrund der auch beim fehlerhaften und beim ruhenden Arbeitsverhältnis fortbestehenden Fürsorgepflicht dazu verpflichtet. Ist der Mangel jedoch unheilbar, kann das Arbeitsverhältnis auch während der Ruhezeit gelöst werden. Die Ruhezeit und der damit verbundene Kündigungsschutz bezwecken lediglich, dem Arbeitnehmer den Arbeitsplatz zu sichern, auf den er einen schutzwürdigen Anspruch hat. Die Erhaltung eines Arbeitsplatzes, der auf einem unheilbar fehlerhaften Arbeitsvertrag beruht, ist jedoch rechtlich nicht schutzwürdig. Fraglich ist aber, ob das Arbeitsverhältnis bei jeder Art des unheilbaren Mangels sofort gelöst werden kann. Das hängt von der Ursache des Fehlers ab. Liegt sie in der Person des Arbeitnehmers (z. B. in einer arglistigen Täuschung), kann das Arbeitsverhältnis auch während der Ruhezeit vom Arbeitgeber jederzeit gelöst werden. Ist der Fehler jedoch vom Arbeitgeber verursacht worden, muß er sich u. U. an dem Vertrag bis zum Ende des Wehrdienstes festhalten lassen. Zwar ist es idR unwahrscheinlich, daß ein solcher fehlerhafter Arbeitsvertrag für den Arbeitnehmer Vorteile bringt, da die vom

Arbeitgeber herrührenden Mängel meistens ausschließlich zum Nachteil des Arbeitnehmers gereichen (z. B. Knebelungsverträge, die nicht zur Nichtigkeit des Vertrages führen), doch ist es möglich, daß sich diese Nachteile während des Ruhens nicht so stark auswirken, daß der Arbeitnehmer sofort von dem Vertrag loskommen möchte, sondern sich die Vorteile, die der Vertrag ihm trotz der Fehlerquellen noch bringt (z. B. Gratifikationen) erhalten will, bis er sich nach dem Wehrdienst einen anderen Arbeitsplatz gesucht hat. Dem Sinn des Arbeitsplatzschutzes entspricht es, dem Arbeitnehmer insofern den Arbeitsplatz zu erhalten. Denn sonst liefe der von ihm nicht verursachte Mangel des Arbeitsvertrages allein auf seinen Nachteil hinaus, da er sich während des Wehrdienstes nicht um einen anderen Arbeitsplatz bemühen kann. Dieser Schutzzweck muß jedoch dann zurücktreten, wenn der Arbeitsvertrag aus Gründen fehlerhaft ist, deren Fortbestand von der Rechtsordnung nicht gebilligt werden kann (z. B. strafrechtswidriger Zweck der Arbeit). In diesen Fällen ist der Vertrag idR ohnehin nichtig. Er kann sogar für die Zeit der tatsächlich geleisteten Arbeit nicht nach den für ein fehlerfreies Arbeitsverhältnis geltenden Regeln behandelt werden[1].

---

1) s. Hueck-Nipperdey I, aaO, S. 191 f.;

2. TEIL:

Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Beendigung des Wehrdienstes (§ 6 ArbPlSchG)

Während der 1. Teil von der Rechtsstellung der Arbeitnehmer und Arbeitgeber während des Ruhens des Arbeitsverhältnisses handelte, geht es jetzt darum, die Auswirkungen der Arbeitsunterbrechung nach Beendigung der Ruhezeit und Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses festzustellen. Hier greift § 6 ArbPlSchG ein. Da es sich um eine Regelung der "Fernwirkungen" des Ruhens handelt, spielen die Grundgedanken des ArbPlSchG auch hier eine Rolle. Eine wirksame Arbeitsplatzsicherung ist nur dann gegeben, wenn ein umfassender Schutz nicht nur während der durch Wehrdienst bedingten Abwesenheit besteht, sondern auch die Fortsetzung der Arbeit unter Vermeidung möglichst vieler Nachteile gewährleistet wird. So muß die gesetzliche Regelung dieser Frage eine konsequente Fortführung der im 1. Teil entwickelten Grundgedanken sein[1].

Es werden zunächst Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Regelung dargestellt (1. und 2. Kapitel). Anhand konkreter Fälle soll dann die Bedeutung des § 6 verdeutlicht werden (3. Kapitel).

1. Kapitel: Benachteiligungsverbot (§ 6 I ArbPlSchG)

§ 9 Voraussetzungen des § 6 I

§ 6 I stellt drei Voraussetzungen für das Benachteiligungsverbot auf: die Arbeitswiederaufnahme (I.), "im bisherigen Betrieb" (II.), "im Anschluß an den Wehrdienst" (III.).

I. Wiederaufnahme der Arbeit

Mit der Wiederaufnahme der Arbeit ist die tatsächliche Wiedereingliederung des Arbeitnehmers in seinen Betrieb und die Fortsetzung der Arbeit

---

1) s. BT-Drucksache II/3117, S. 14 (zu § 6);

an seinem Arbeitsplatz gemeint. Dieser tatsächliche Vorgang ist ausreichend dafür, daß das Arbeitsverhältnis wieder voll wirksam wird. Es bedarf dazu keines neuen Abschlusses eines Arbeitsvertrages, auch nicht eines Vertrages, der den Ruhezustand beendet, ebensowenig wie zur Begründung des Ruhezustandes ein solcher notwendig war. Beide Veränderungen des Zustandes des Arbeitsverhältnisses werden ex lege bewirkt und bedürfen keiner umgestaltenden Verträge der Beteiligten. Die gegenteilige Auffassung mag für andere Fälle der Suspendierung gelten, z. B. für die Werksbeurlaubung, die durch vertragliche Vereinbarung herbeigeführt und beendet wird. Für die Fälle des ArbPlSchG entspricht diese Auffassung nicht dem Sinn des Ruhens[1]. Durch das Ruhen soll gerade bezweckt werden, daß das Arbeitsverhältnis reibungslos fortgesetzt werden kann und nicht dem Risiko einer neuen vertraglichen Abmachung ausgesetzt ist.

Andererseits ist die tatsächliche Wiederaufnahme der Arbeit nicht unbedingtes Erfordernis zum Wiederaufleben des Arbeitsverhältnisses. Es lebt z. B. auch wieder auf, wenn sich der aus der Bundeswehr entlassene Arbeitnehmer krank oder sonst dienstunfähig, aber grundsätzlich arbeitswillig bei seinem Arbeitgeber zurückmeldet[2], denn hiermit ist den beteiligten Interessen, insbesondere denen des Arbeitgebers, Genüge getan. Er weiß, daß der Ruhezustand und damit der besondere Arbeitsplatzschutz beendet ist. Der Arbeitnehmer hingegen hat nach Beendigung des Wehrdienstes lediglich die Pflicht, sich im Rahmen der für jeden Arbeitnehmer geltenden Arbeitsbedingungen zurückzumelden. Er braucht also nicht tatsächlich zu arbeiten, wenn Gründe vorliegen, die jeden Arbeitnehmer zur Arbeitsniederlegung berechtigen würden. Das Ruhen endet dann mit dem Zeitpunkt der Zurückmeldung. Die Arbeitsaufnahme ist nur der Regelfall des Wiederauflebens.

---

1) so auch Albrecht, aaO, S. 145, der allerdings durch Gleichstellung aller Ruhensfälle verkennt, daß sich die gegenteilige Auffassung auf die Werksbeurlaubung bezieht (z. B. Isele, Molitor-Festschrift, S. 112 ff. (115); und BAG-Altbankenurteile, s.o. § 2);
2) so auch Albrecht, aaO;

II. Ort der Arbeitswiederaufnahme und Betriebsinhaberwechsel

Der Arbeitnehmer muß die Arbeit "in seinem bisherigen Betrieb" wiederaufnehmen. Nur das erscheint auch vom Zweck des Gesetzes gesehen her sinnvoll. Der Schutz des Arbeitsplatzes bezieht sich auf eine Garantie gerade des verlassenen Arbeitsplatzes. Auch der Arbeitgeber ist an der Rückkehr des Arbeitnehmers auf denselben Arbeitsplatz interessiert. Er hat den Arbeitnehmer freigestellt und Dispositionen getroffen, ihn nach Ablauf einer bestimmten Zeit wieder an demselben Arbeitsplatz zu beschäftigen. Dies ist eine der Voraussetzungen unter denen die Belastung des Arbeitgebers mit der Freistellungspflicht für zumutbar erachtet werden kann. Nur unter dieser Bedingung kann der Arbeitgeber z. B. im Hinblick auf Ersatzarbeitskräfte richtig planen.

Probleme tauchen auf, wenn die Rückkehr in den bisherigen Betrieb nicht mehr möglich ist, weil dieser überhaupt nicht mehr, in veränderter Form oder unter einem anderen Arbeitgeber, der den Betrieb fortgeführt hat, existiert. Sahmer[1] will die Rückkehr zu demselben Arbeitgeber, aber in einen nach Verkauf des alten Betriebes neuerrichteten Betrieb nicht als Rückkehr "in den bisherigen Betrieb" gelten lassen. Fraglich wäre die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals dann wohl auch, wenn der Arbeitgeber seinen Betrieb an anderer Stelle neu aufgebaut, erweitert oder auch nur den alten Betrieb verändert hat und der Arbeitsplatz des sich beim Wehrdienst befindlichen Arbeitnehmers davon betroffen ist. Es stellt sich also die Frage, ob das Tatbestandsmerkmal "bisheriger Betrieb" eng oder weit aufgefaßt werden muß. Sahmer geht unbegründet von einer sehr engen und formalen Auslegung aus. Dem kann nicht zugestimmt werden. Diese Auffassung verträgt sich zum einen nicht mit dem allgemeinen Betriebsbegriff. Eine umfassende Analyse des Betriebsbegriffs soll hier nicht vorgenommen werden, es kann nur darauf hingewiesen werden, daß der Begriff Betrieb eher weit als eng zu verstehen ist, da er in den ver-

---

1) Kommentar, Rdnr. 64;

schiedensten Zusammenhängen gebraucht wird[1] und deshalb im Rahmen des jeweiligen Gesetzes ausgelegt werden muß.

Zum anderen stimmt die enge Auffassung Sahmers auch nicht mit dem speziellen Betriebsbegriff des § 6 I ArbPlSchG überein. Eine zu formalistische Auffassung, die die Rückkehr in den "bisherigen Betrieb" allein auf eine solche in den identisch gleichen Betrieb beschränken würde, entspräche nicht dem Schutzzweck der Regelung. Die Forderung zur Rückkehr in den bisherigen Betrieb ist vom Gesetzgeber deswegen aufgestellt worden, weil dem Arbeitnehmer nur dann der Schutz des Gesetzes zukommen kann, wenn er an den alten Arbeitsplatz zurückkehrt. Das Gesetz will zwar primär den identisch gleichen Arbeitsplatz schützen. Insofern kann das Gesetz wörtlich aufgefaßt werden. Dabei ist zu beachten, daß sich der Arbeitsplatz immer aus einem konkreten Arbeitsverhältnis ergibt. Das ArbPlSchG will nicht nur den speziellen Arbeitsplatz im wörtlichen Sinn garantieren, sondern einen rechtlichen Zustand, der sich aus dem Arbeitsverhältnis mit all seinen möglichen Umgestaltungen und Veränderungsmöglichkeiten ergibt. Ist der alte Arbeitsplatz nicht mehr in seiner früheren Form vorhanden, weil z. B. aus betriebstechnischen Gründen eine Umgestaltung der Arbeitsplätze erforderlich war oder gar der ganze Betrieb an anderer Stelle neu aufgebaut oder ergänzt worden ist, so darf das nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers gereichen. Der Schutzzweck der Norm ist, wie dargestellt, nicht so eng, dem Arbeitnehmer bei einer Rückkehr in den veränderten Betrieb die Rechtsfolge des § 6 ArbPlSchG zu versagen. Eine solche Auslegung würde gerade die durch Wehrdienst bedingte Abwesenheit zum Nachteil des Arbeitnehmers ausschlagen lassen. Das soll aber gerade erkennbar vom Gesetz vermieden werden. Hätte der Arbeitnehmer keinen Wehrdienst abgeleistet, sondern weitergearbeitet, wäre der Arbeitgeber aufgrund seines Weisungsrechts befugt gewesen, den Arbeitnehmer an einen anderen

1) s. Neumann-Duesberg, AR-Blattei, Betrieb I, Begriff, unter A; zum Betriebsbegriff s. Jacobi, Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, S. 9; vgl. auch mwN, Neumann-Duesberg, aaO, unter B;

- gleichwertigen - Arbeitsplatz zu versetzen. Nur weil das Weisungsrecht während des Wehrdienstes ruhte, konnte es bei Veränderung oder Verlegung des Arbeitsplatzes des einberufenen Arbeitnehmers nicht ausgeübt werden.

Unter "Rückkehr in den bisherigen Betrieb" ist zum einen also zu verstehen, daß der Arbeitnehmer zu der P r o d u k t i o n s s t ä t t e zurückkehren muß, an der er vorher gearbeitet hat. Ist sie unverändert vorhanden, kann und muß er genau an den alten Arbeitsplatz zurückkehren. Nur wenn sie verlagert oder umgestaltet worden ist, reicht die Rückkehr an einen anderen entsprechenden und soweit wie möglich gleichwertigen Arbeitsplatz aus, ohne daß der gesetzliche Schutz versagt werden kann[1]. Oft werden jedoch die Umstände, die zu solchen Veränderungen geführt haben, eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses deswegen unmöglich machen, weil sie zulässigerweise - z. B. aus dringenden betrieblichen Erfordernissen - zu einer Kündigung (§ 2 II ArbPlSchG) berechtigten. Weiterhin muß der Arbeitnehmer, um in den Schutz des § 6 I zu kommen, das Arbeitsverhältnis bei dem A r b e i t g e b e r wiederaufnehmen, bei dem es geruht hat. Das kann auch ein anderer Arbeitgeber als vor dem Wehrdienst sein, wenn er den Betrieb übernommen und in die Arbeitsverhältnisse - also auch in die ruhenden - eingetreten ist. Für den Fall des Betriebsinhaberwechsels ist allerdings hinzuzufügen, daß der neue Betriebsinhaber nicht gezwungen ist, in die alten Arbeitsverhältnisse einzutreten[2], wenn auch im Regelfall der Wille der Parteien bei der Übertragung des Betriebes besteht, die Arbeitsverhältnisse zu übernehmen, und ein solcher Wille vermutet werden kann, wenn nicht ausdrücklich eine

---

1) in § 10 II MutterSchG (i. d. F. v. 18. 4. 1968, BGBl. I, 315), der in entsprechender Weise für die entbundene Mutter den Erhalt von Rechten trotz Arbeitsunterbrechung normiert, wird der Betriebsbegriff in ähnlicher Weise weit ausgelegt, wie es hier zu § 6 I ArbPlSchG vertreten worden ist; s. z. B. Bulla-Hackbeil, MutterSchG, § 10, Anm. 28;

2) umstr., aber ü. M.; vgl. mwN Hueck-Nipperdey I, § 54 III 2 (S. 516);

entgegenstehende Absicht erkennbar wird. Gegenüber einem derartigen entgegenstehenden Willen kann sich der Arbeitnehmer nicht auf das ArbPlSchG berufen, da das Gesetz nur verhindern will, daß nachteilige Folgen aus Anlaß des Wehrdienstes eintreten. Dem Arbeitnehmer sollen nicht Vorteile verschafft werden, die er ohne den Wehrdienst nicht haben würde[1]. Andererseits kann sich der Arbeitnehmer bei einem Übernahmewillen des neuen Betriebsinhabers nur dann auf § 6 ArbPlSchG berufen, wenn er selber der Übernahme zustimmt (§ 613,2 BGB) bzw. ein Fall vorliegt, in dem ein Zustimmungswille des Arbeitnehmers zu vermuten und damit die Auslegungsregel des § 613, 2 BGB widerlegt ist[2].

III. Zeitpunkt der Arbeitswiederaufnahme

Die Arbeit muß "im Anschluß an den Wehrdienst" (Grundwehrdienst oder Wehrübung) wieder aufgenommen werden. Auch diese Formulierung bedarf einer Auslegung. Eine ähnliche Formulierung findet sich in den Fürsorgeverordnungen des 2. Weltkrieges[3]. In der Auslegung des dort verwendeten Rechtsbegriffs "anschließend" hat sich in Rechtsprechung und Literatur die Meinung herausgebildet, die Arbeitsaufnahme müsse unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern erfolgen[4]. Während die Rspr. die Unverzüglichkeit weit auffaßt, neigt die Lit. zu einer engeren Auslegung. Auch in § 6 I ArbPlSchG kann das Erfordernis der Arbeitsaufnahme "im Anschluß an den Wehrdienst" im gleichen Sinn wie in § 3 II 2 der VO 1937 verstanden werden. Doch können die zur VO 1937 entwickelten Maßstäbe, wann ein schuldhaftes Zögern vorliegt, nicht herangezogen werden, da unter den heute völlig anderen äußeren Umständen ein Verhalten als schuldhaftes Zögern angesehen werden kann, das damals noch im Rahmen der unverzüglichen Arbeitsaufnahme lag. Unter den damaligen Verhältnissen war es z. B. unschädlich, daß der Arbeitnehmer nach dem Kriegsdienst eine angemessene Eingewöhnungszeit be-

1) s. Sahmer, Kommentar, Rdnr. 16 d/e;
2) s. zu dieser h. M. Bobrowski-Gaul, aaO, K II, 10 mwN;
3) z. B. VO vom 29.12.1937, RGBl. I, 1417 ("VO 1937"), § 3 II 2;
4) s. Thies, ArbuR 1969, 292 ff. mwN; Boewer-Nolte, Anrechnung von Wehrdienstzeiten, S. 63 f.;

anspruchte, in der er persönliche Angelegenheiten regeln konnte. Hierfür wurden nach 7 1/2 Jahren Kriegsdienst und Gefangenschaft etwa 3 Monate als angemessen angesehen[1]. Unter Umständen war sogar ein zwischenzeitlich bei einem anderen Arbeitgeber aufgenommenes Arbeitsverhältnis unschädlich[2]. Wenn auch die Definition des Begriffs "anschließend" im hier erörterten Zusammenhang übernommen werden kann, ist sie ihrem Zweck nach ausfüllungsbedürftig, und zwar gemäß den jeweiligen Umständen und Gesetzesbestrebungen. In § 6 I ArbPlSchG muß der Begriff im Gegensatz zu § 3 II 2 der VO 1937 eng aufgefaßt werden. Die Arbeitsunterbrechung durch Grundwehrdienst oder Wehrübung kann nicht mit Arbeitsunterbrechungen verglichen werden, die durch Kriegsdienstzeiten, Gefangenschaft und schwierige wirtschaftliche Verhältnisse, wie sie nach dem 2. Weltkrieg herrschten, bedingt waren. Wenn der Arbeitnehmer in den Schutz des Gesetzes kommen will, das ihm einen reibungslosen Übergang vom Wehrdienst zur Arbeitswiederaufnahme garantiert, muß er die Arbeit sofort wieder aufnehmen. Eine längere Hinauszögerung der Arbeitswiederaufnahme ist auch im Interesse des Arbeitgebers nicht vertretbar. Dieser muß sobald wie möglich nach Beendigung des Wehrdienstes Gewißheit haben, ob der Arbeitnehmer in den Betrieb zurückkehrt oder nicht. Daher ist dem Arbeitnehmer zuzumuten, seine Arbeitskraft sofort wieder zur Verfügung zu stellen oder sich zumindest beim Arbeitgeber alsbald nach Beendigung des Wehrdienstes zurückzumelden. Ob die Arbeit tatsächlich wieder aufgenommen wird, hängt davon ab, ob der Arbeitnehmer berechtigte Gründe hat, die Arbeit noch nicht wieder aufzunehmen, z. B. weil ihm noch Erholungsurlaub zusteht, ihn Krankheit von der Arbeit abhält oder er Sonderurlaub

---

1) s. BAG Urt. v. 22.10.1964 - 5 AZR 513/63, AP Nr. 4 zu § 611 BGB "Kriegsdienstzeiten"; LAG Saarbrücken Urt. v. 8.2.1967 - 2 Sa 73/66, AP Nr. 14 aaO;

2) BAG Urt. v. 16.2.1967 - 5 AZR 335/66, AP Nr. 9 aaO; vgl. auch BAG Urteile vom 11.12.1969 - 5 AZR 71/69, 231/69, Betr. 1970, 114 (Vorbericht); Urt. v. 29.4.1969 - 5 AZR 410/68; Betr. 1970, 115;

beantragt hat[1]. Entscheidend ist, daß das ruhende Arbeitsverhältnis sofort nach dem Wehrdienst wieder in ein voll aktives umgewandelt wird, um den ungewissen Schwebezustand nach dem Wehrdienst rasch zu beenden[2]. Der Schutz durch das Ruhen gilt nur für die Wehrdienstzeit. Ein weitergehender Schutz würde in zu hohem Maße in die Autonomie der Sozialpartner eingreifen, die sich nur aus dem sozialpolitischen Grund der Wehrpflicht der Arbeitnehmer eine Einschränkung ihrer Befugnis, die Arbeitsverhältnisse frei von staatlichen Eingriffen zu bestimmen, gefallen zu lassen brauchen.

§ 10 Rechtsfolge des § 6 I ArbPlSchG

§ 6 I ordnet als Rechtsfolge an, daß dem Arbeitnehmer bei Vorliegen der eben erörterten Voraussetzungen "in beruflicher und betrieblicher Hinsicht kein Nachteil entstehen" darf, der seinen Grund in der durch den Wehrdienst veranlaßten Abwesenheit hat. Der Inhalt dieses Benachteiligungsverbotes soll im folgenden Abschnitt erläutert werden.

I. Sachlicher Geltungsbereich

Das Verbot der Benachteiligung beschränkt sich auf die berufliche und betriebliche Stellung des Arbeitnehmers. Damit soll einmal ausgedrückt werden - negativ -, daß das Verbot nicht die private Sphäre des Arbeitnehmers berührt, und - positiv -, daß es die gesamte arbeitnehmerrechtliche Stellung umfaßt. Denn die beiden Begriffe "beruflich und betrieblich" erfassen die beiden wesentlichen Ebenen der Arbeitnehmertätigkeit: einmal die allgemeine (berufliche), auf der unterschieden wird zwischen Arbeitern oder Angestellten und Lehrlingen, Gesellen, Meistern, techni-

---

1) so auch Sahmer, Kommentar, Rdnr. 64;
2) darin liegt z. B. auch der Unterschied zur Regelung des MutterSchG (§ 10 II): Es besteht kein Rechtsanspruch der Arbeitnehmerin auf Wiedereinstellung, demgemäß auch keine Pflicht, sich "im Anschluß an die Entbindung" wenigstens bereit zu erklären, später weiterzuarbeiten oder nicht (s. Bulla-Hackbeil, § 10 MutterSchG, Anm. 37 ff (38));

schen oder kaufmännischen Angestellten und den verschiedenen Ausbildungs- und Fortbildungsmöglichkeiten; zum anderen die spezielle (betriebliche) Ebene, die die konkrete Stellung am Arbeitsplatz und die damit zusammenhängenden tatsächlichen und rechtlichen Positionen betrifft, gleichgültig welchem Beruf man angehört.

II. Benachteiligungsverbot und sein Verhältnis zu § 1 I ArbPlSchG

Das durch § 6 I ArbPlSchG angeordnete Benachteiligungsverbot bedeutet zunächst, daß der Arbeitnehmer vor Veränderungen geschützt ist, die während des Wehrdienstes vorgenommen werden und sich negativ auf seinen Arbeitsplatz auswirken. Dieser Schutz ist aber nur ein relativer. Er greift nur insoweit ein, als der einberufene Arbeitnehmer durch den Wehrdienst gegenüber den nicht einberufenen Arbeitnehmern benachteiligt würde. Ein absoluter Schutz vor jeglichen nachteilhaften Veränderungen ist nicht bezweckt. Er bedeutete eine ungerechtfertigte Bevorzugung vor den übrigen Arbeitnehmern. Haben sich alle Arbeitsverhältnisse nachteilig verändert, muß auch der vom Wehrdienst zurückkehrende Arbeitnehmer diese Umstände hinnehmen. Ist z. B. während des Wehrdienstes des Arbeitnehmers Kurzarbeit wegen Auftragsmangels eingeführt worden, bedeutet es keine Benachteiligung iSd § 6 I, wenn der Arbeitnehmer nach seiner Rückkehr vom Wehrdienst auch davon betroffen wird. Der Schutz des § 6 I greift nicht ein, da es sich nicht um eine aus der Abwesenheit wegen des Wehrdienstes entspringende Benachteiligung handelt[1]. Das Benachteiligungsverbot schützt ihn aber z. B. davor, an einen schlechteren, weniger beliebten Arbeitsplatz versetzt, einem strengeren Meister oder Vorgesetzten zugeteilt zu werden[2] (außer, wenn das auch bei Verbleib an seinem Arbeitsplatz geschehen wäre; die Beweislast liegt dann beim Arbeitgeber, während sie im übrigen beim Arbeitnehmer liegt).

---

1) so auch Sahmer, Kommentar, Rdnr. 64 b/c;
2) Beispiele nach Sahmer, aaO;

Fraglich ist, ob § 6 I auch bezweckt, dem Arbeitnehmer die positiven Veränderungen zugutekommen zu lassen, die während seiner Wehrdienstzeit vorgenommen worden sind, etwa in der Form konkreter Verbesserungen seiner Arbeitsbedingungen, seines Arbeitslohnes oder weiterer Rechtspositionen, also z. B. der Fortentwicklung von "Anwartschaften" und "latenten Ansprüchen". Da Sinn und Zweck des Gesetzes dahingehen, den Arbeitnehmer "in seiner Rechtsstellung so zu stellen, als wäre er nicht zum Wehrdienst einberufen worden"[1], bedeutet dies, daß er nicht nur vor negativen Veränderungen geschützt ist, sondern daß ihm auch positive zugutekommen müssen. Fraglich ist allerdings, von welchem Zeitpunkt an sich der Arbeitnehmer auf das Benachteiligungsverbot berufen kann und damit in den Genuß der Veränderungen des Arbeitsverhältnisses kommt. Das betrifft insbesondere die positiven Veränderungen von Rechtspositionen, die während der Abwesenheit des Arbeitnehmers ruhten. Dieses Problem wirft die Frage nach dem Verhältnis von § 6 zu § 1 I auf. § 6 behandelt das wieder voll aktive Arbeitsverhältnis. Die zeitliche Geltungskraft des § 6 beginnt deshalb auch erst nach Umwandlung des ruhenden Arbeitsverhältnisses in ein wieder voll aktives. Der Arbeitnehmer kann also keine Benachteiligung nach § 6 I in Rechten geltend machen, die während des Wehrdienstes ruhten; d. h. § 6 ist nicht anwendbar, solange sich die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach § 1 I beurteilen[2]. Andernfalls würde die Ruhensvorschrift überspielt, da sich der Arbeitnehmer über § 6 rückwirkend einen Anspruch verschaffen könnte, den § 1 I, indem er das Ruhen dieses Anspruchs anordnet, für die Zeit des Wehrdienstes gerade

---

1) s. BT-Drucksache II/3117, S. 14 zu § 6 I/II ArbPlSchG;
2) so auch Sahmer, Kommentar, Rdnr. 63 b;

versagen wollte. Das Benachteiligungsverbot entfaltet also nur Wirkung für die Zukunft. Zwar bewirkt § 6 I, daß dem Arbeitnehmer z. B. eine Lohnerhöhung zugutekommt, wenn sie ihn bei Anwesenheit im Betrieb auch erfaßt hätte, doch steht sie ihm erst vom Zeitpunkt der Rückkehr in das Arbeitsverhältnis zu. Auf Fälle der letzteren Art wird noch eingehender im 2. und 3. Kapitel einzugehen sein. Derartige Vergünstigungen hängen idR von der Dauer der Berufs- und Betriebszugehörigkeit ab, so daß § 6 II eingreift. § 6 I hat die Funktion eines "Auffangtatbestandes", der ein allgemeines und umfassendes Benachteiligungsverbot aufstellt.

2. Kapitel: Anrechnungsgebot (§ 6 II ArbPlSchG)

§ 11 Grundsatz

§ 6 II 1, 1. H. S. stellt den Grundsatz auf, daß die Wehrdienstzeit privater Arbeitnehmer auf die Berufs- und Betriebszugehörigkeit anzurechnen ist. Diese Regelung erscheint überflüssig nach dem, was im ersten Teil zum Fortbestand der Betriebszugehörigkeit während des Ruhens gesagt worden ist. Denn wenn durch das Ruhen die Betriebszugehörigkeit nicht unterbrochen wird, ist es nicht erforderlich, noch durch eine "Fiktion" die Wehrdienstzeit als Berufs- und Betriebszugehörigkeit gelten zu lassen[1]. Der Fortbestand der Betriebszugehörigkeit ist in § 1 I ArbPlSchG allerdings nicht ausdrücklich geregelt, sondern ergibt sich nur aus der Bedeutung des Ruhens. Über die Berufszugehörigkeit wird zudem gar nichts ausgesagt. Es fragt sich deshalb, ob mit der Regelung in § 6 lediglich eine Klarstellung oder noch ein anderer Zweck verfolgt wird.

Das Anrechnungsgebot ist eine Spezialisierung und Konkretisierung des

---

1) im Gegensatz zur Rechtslage vor dem 2. Weltkrieg, wo es kein Ruhen gab und die Fiktion erforderlich war, vgl. Prill, Betr. 1965, 474 f.;

allgemeinen Benachteiligungsverbotes in Absatz I[1] und trägt damit der Tatsache Rechnung, daß die Dauer der Berufs- und Betriebszugehörigkeit in ihrer Bedeutung für den Arbeitnehmer ständig gestiegen ist. Das gilt insbesondere für die Betriebszugehörigkeit[2]. Sie bildet immer häufiger den maßgeblichen Faktor sowohl für die Begründung von Ansprüchen als auch ihrer Bemessung[3]. Der Begriff der Betriebszugehörigkeit ist aber noch unklar. Es ist umstritten, ob man die Betriebszugehörigkeit allein an die Zeit der tatsächlichen Beschäftigung des Arbeitnehmers oder nur bzw. zusätzlich an den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses anknüpfen soll. Diese Streitfrage gewinnt bei Arbeitsunterbrechungen besondere Bedeutung, da je nach Auffassung die Betriebszugehörigkeit fortbesteht oder unterbrochen wird[4]. Für das ruhende Arbeitsverhältnis soll durch § 6 II 1, 1. H. S. insofern Klarheit geschaffen werden, als die Ruhezeit in jedem Fall auf die Betriebszugehörigkeit anzurechnen ist, gleichgültig welcher Auffassung man im übrigen anhängt. Es fragt sich aber, ob mit dieser Klarstellungsfunktion die Bedeutung des Anrechnungsgebotes erschöpft ist. Manchmal übernehmen nämlich andere Faktoren die Funktion der Betriebszugehörigkeit, z. B. dann, wenn die Dauer der tatsächlichen Beschäftigung für die Gewährung von Leistungen entscheidend sein soll. Da § 6 II 1, 1. H. S. eine Anrechnung des Wehrdienstes auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit erreichen will, gleichgültig, ob diese vom tatsächlichen oder rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses abhängt, müßte auch in diesen Fällen eine Anrechnung stattfinden. Dabei übersähe man aber, daß die Streitfrage, ob an rechtliche oder tatsächliche Umstände anzuknüpfen ist, nach der Regelung des § 6 II 1, 1. H. S. nur dann

---

1) s. BT-Drucksache II/3117, S. 14, wo Abs. II als "notwendige Folge" des Grundsatzes des Abs. I bezeichnet wird;
2) so schon 1956 Maurer, AR-Blattei, Betriebszugehörigkeit, unter A II; Vogt, BB 1956, 821;
3) s. Röhsler, Betr. 1963, 994; Monjau, Betr. 1966, 1432 f.;
4) s. Darstellung des Meinungsstandes bei Röhsler und Monjau, aaO; s. auch Boewer, Betr. 1967, 1456 (1458 f.); Vogt, BB 1956, 821 ff.; Leube, aaO, S. 90 übersieht dieses Problem, da er Betriebszugehörigkeit und Beschäftigungsverhältnis gleichstellt;

ohne Bedeutung ist, wenn es um die Anrechnung der Wehrdienstzeit auf die Betriebszugehörigkeit geht. Ist nicht die Betriebszugehörigkeit, sondern ausdrücklich ein anderer Faktor, z.B. die Dauer der tatsächlichen Beschäftigung im Betrieb,das anspruchsauslösende Kriterium, könnte die Anwendung von § 6 II 1, 1. H. S. zweifelhaft sein. Ob das Anrechnungsgebot auch diesen Fall umfaßt, muß nach Sinn und Zweck der Vorschrift entschieden werden. Der Zweck der Anrechnung geht dahin, dem zum Wehrdienst einberufenen Arbeitnehmer möglichst viele Nachteile zu ersparen, ihn möglichst so zu stellen, "als wäre er nicht zum Wehrdienst einberufen worden"[1]. Das gilt insbesondere für die vergütungsmäßige Lage[2]. Diesem Grundgedanken wird nur eine weite Fassung des Anrechnungsgebotes gerecht. Man muß deshalb die Vorschrift ihrem Sinn gemäß so verstehen, daß überall da, wo die Rechtsstellung des Arbeitnehmers von der rechtlichen oder tatsächlichen Zuordnung zu einem Betrieb abhängt, die Zeit des Wehrdienstes diese Zuordnung nicht unterbricht, sondern auf sie anzurechnen ist[3]. Der Arbeitgeber kann also das Anrechnungsgebot nicht dadurch "umgehen", daß er Vergünstigungen des Arbeitnehmers von anderen Faktoren, z. B. von der tatsächlichen ununterbrochenen Beschäftigungsdauer, abhängig macht. Auch sonstige § 6 II 1, 1. H. S. entgegenstehende Vereinbarungen in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen sind wegen Verstoßes gegen das als zwingendes Recht anzusehende Anrechnungsgebot unwirksam[4].

Zwar wird durch das Anrechnungsgebot weitgehend gewährleistet, daß sich die Wehrdienstzeit auf die Rechtsstellung des Arbeitnehmers kaum auswirkt. Es ist jedoch im jeweiligen Einzelfall immer zu prüfen, ob

---

1) BT-Drucksache II/3117, S. 14 zu § 6 I/II;
2) vgl. BT-Drucksache, aaO;
3) so im Ergebnis auch Boewer, Betr. 1967, 1456 (1459 f.), zwar für die Rechtslage der VO 1937, die jedoch insoweit die gleiche wie nach dem ArbPlSchG ist;
4) Boewer, Betr. 1967, 1456 (1460), wiederum zu § 3 II VO 1937, aber insofern auch für § 6 II ArbPlSchG gültig; Boewer-Nolte, aaO, S. 80 ff.; vgl. auch BAG Urteil v. 16. 2. 1967 - 5 AZR 405/66, AP Nr. 11 zu § 611 BGB "Kriegsdienstzeiten";

außer der notwendigen Dauer der Betriebszugehörigkeit auch die übrigen Anspruchsvoraussetzungen vorliegen[1]. So ist z. B. im ersten Teil beim passiven Wahlrecht zum Betriebsrat herausgefunden worden, daß trotz Bejahung der Betriebszugehörigkeit das passive Wahlrecht nicht besteht. Das liegt daran, daß die Anrechnung der Wehrdienstzeit als Betriebszugehörigkeit zwar die erforderliche Dauer der Zuordnung des Arbeitnehmers, nicht aber die notwendige Vertrautheit mit dem Betrieb bewirken kann[2].

Auch das Anrechnungsgebot des § 6 II 1, 1. H. S. wirft das Problem des Verhältnisses zu § 1 I auf. Es stellt sich die Frage, von welchem Zeitpunkt an der Arbeitnehmer einen Anspruch geltend machen kann, der von der Dauer der Berufs- oder Betriebszugehörigkeit abhängt. Handelt es sich dabei um Ansprüche, die während der Wehrdienstzeit nach § 1 I ruhen, können sie erst im Zeitpunkt der Wiederaufnahme der Arbeit geltend gemacht werden. Zwar fingiert das Anrechnungsgebot, daß die Anspruchsvoraussetzungen Berufs- und Betriebszugehörigkeit schon während der Ruhezeit vorliegen; es gewährt aber noch keinen Anspruch innerhalb dieser Zeit oder rückwirkend für diese Zeit, um den Sinn der Ruhensvorschrift nicht zu umgehen. § 6 II 1, 1. H. S. soll nur bewirken, daß der Arbeitnehmer für die Zeit nach der Rückkehr vom Wehrdienst rechtlich so steht, als ob er nicht zum Wehrdienst einberufen worden wäre. Das wird dadurch erreicht, daß die Wehrdienstzeit als anspruchsbegründende Zeit mit anzusetzen ist und nicht verloren geht[3].

---

1) s. Papenheim, BB 1969, Beilage 4, zu Heft 13, S. 4;

2) die Rspr. hat sich vielfältig mit der Anrechnung von Wehrdienstzeiten auf die Betriebszugehörigkeit befaßt, jedoch nur bezüglich der Rechtslage vor und während des 2. Weltkrieges; vgl. BAG-Entscheidungen AP Nr. 1 - 17 zu § 611 BGB "Kriegsdienstzeiten"; mit dieser Rspr., die für den hier erörterten Zusammenhang nicht so entscheidend ist, hat sich ausführlich beschäftigt: Thüsing, Dissertation Köln 1968;

3) zu den Fällen, in denen § 6 II entsprechend angewendet wird (§§ 10, 12 I 1 ArbPlSchG), s. H. W. Reinicke, BB 1963, 1299 (1300); s. auch Schade, BB 1963, 860; Papenheim, BB 1969, Beilage 4 zu Heft 13, S. 4 ff.; einen eigenen Anrechnungstatbestand schafft § 12 I 2 ArbPlSchG, s. Sahmer, Kommentar, Rdnr. 111 ff.;

In diesem Zusammenhang sei noch eine neue Entscheidung des BAG[1] erwähnt, die die hier vertretene Auffassung von der Wirkung des Anrechnungsgebotes noch verdeutlicht. Das BAG sprach einem Arbeitnehmer den Anspruch auf eine Jahreszuwendung für die Zeit des Jahres ab, zu der er bei der Bundeswehr den Grundwehrdienst ableistete. Nach dem Inhalt der tariflichen Regelung[2] zwischen den Parteien genügte es für den Erwerb des Anspruchs auf die volle Jahreszuwendung nicht, daß der Arbeitnehmer die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen (ununterbrochenes Arbeitsverhältnis von gewisser Dauer u.a.) erfüllte; erforderlich war ferner, daß der Arbeitnehmer während des gesamten Kalenderjahres Bezüge erhalten hatte. Das erstere war bei dem klagenden Arbeitnehmer der Fall, das letztere jedoch nicht, so daß die Höhe der Zuwendung entsprechend der Dauer der Abwesenheit des Arbeitnehmers gekürzt wurde. Dies widerspricht nach Ansicht des BAG und auch nach der hier vertretenen Auffassung nicht der Regelung des § 6 II. Zwar wird für die Bemessung des Anspruchs auf die Zuwendung nicht der in § 6 II angeführte Maßstab der Berufs- und Betriebszugehörigkeit zu Grunde gelegt. Nach der erwähnten tariflichen Regelung ist nämlich maßgebend, daß der Arbeitnehmer während des gesamten Kalenderjahres Bezüge erhalten hat. Hierdurch soll aber ebenfalls die Zuordnung des Arbeitnehmers zum Betrieb ausgedrückt werden. § 6 II ist somit seinem Sinn und Zweck nach anwendbar, verschafft dem Arbeitnehmer jedoch keinen Anspruch auf die volle Zuwendung. Der Arbeitnehmer kann sich nämlich hinsichtlich einer Rechtsposition, deren Entstehungsgrund ganz oder z.T. in einer Zeit liegt, in der das Arbeitsverhältnis ruhte, nicht auf das Anrechnungsgebot berufen. Dieses soll nur bewirken, daß der Arbeitnehmer für die Zeit nach Beendigung des Wehrdienstes so gestellt wird, als ob das Arbeitsverhältnis nicht geruht hätte und alle Anspruchsvoraussetzungen ununterbrochen erfüllt worden wären. Während der Zeit des Ruhens entfaltet § 6 II jedoch keine Wirkung.

---

1) Urt. v. 13.5.1970 - 5 AZR 374/69, gekürzt veröffentlicht in BB 1970, 969 f.; mitgeteilt in ArbuR 1970, 216;
2) in den angegebenen Fundstellen nicht mit veröffentlicht;

§ 12 Sonderfälle

Von dem Grundsatz können mehrere Sonderfälle unterschieden werden, von denen hier zwei zu behandeln sind, nämlich der Sonderfall des § 6 II 1, 2. H. S. und der des § 6 III. Der Spezialfall des § 6 IV, der sich mit Lohnerhöhungen beschäftigt, die von Bewährungszeiten abhängig sind, gehört in das 3. Kapitel.

Die Vorschrift des § 6 II 1, 2. H. S. macht eine Ausnahme von der Anrechnung der Wehrdienstzeit auf die Berufszugehörigkeit. Bei Lehrlingen und sonstigen in Berufsausbildung Beschäftigten soll die Wehrdienstzeit erst nach Abschluß der Ausbildung auf die Berufszugehörigkeit angerechnet werden, also nachträglich "anwachsen"[1]. Diese Regelung war deshalb nötig, weil einerseits durch die Vorschrift des § 6 III die Ausbildungszeit um die Wehrdienstzeit verlängert wird, andererseits die Ausbildungszeit zu einem bestimmten Beruf noch nicht als Berufszugehörigkeit gelten kann. Die in Ausbildungsarbeitsverhältnissen stehenden Arbeitnehmer würden also im Hinblick auf die Berufszugehörigkeit durch den Wehrdienst einen Nachteil erleiden, da sie ohne den Wehrdienst die Ausbildung fortgesetzt hätten und frühzeitiger eine Zugehörigkeit zu einem Beruf hätten begründen können. Durch die nachträgliche Anwachsung der Zeit des Wehrdienstes auf die Dauer der Berufszugehörigkeit nach Beendigung der Ausbildung wird zwar im Ergebnis nichts anderes erreicht, als wenn man es bei dem Grundsatz des Anrechnungsgebotes nach dem 1. Halbsatz belassen hätte. Letzteres hätte jedoch zu der dogmatisch unvereinbaren Lösung geführt, daß ein Teil der Ausbildungszeit schon als Berufszugehörigkeit gegolten hätte. Das wollte der Gesetzgeber vermeiden.

Auch bei der Sonderregelung des § 6 III für Probe- und Ausbildungszeiten spielten dogmatische Gründe eine Rolle. Eine Anrechnung der Wehrdienstzeit kann hier nicht stattfinden, da sie dem Zweck dieser Rechtsverhältnisse widerspräche. Beide Beteiligte haben ein Interesse daran,

---

1) Sahmer, Kommentar, Rdnr. 66 b;

daß die Probe- und Ausbildungszeit tatsächlich voll abgeleistet wird: der Arbeitgeber, um die Fähigkeiten des Arbeitnehmers kennenzulernen bzw. gut ausgebildete Arbeitnehmer zu erhalten; der Arbeitnehmer, um sich mit dem Betrieb vertraut zu machen und seine Fähigkeiten unter Beweis zu stellen bzw. sie zu erwerben. Eine Anrechnung der Wehrdienstzeit würde deshalb auch gegen das allgemeine Benachteiligungsverbot des § 6 I verstoßen[1]. § 6 III bezieht sich aber ausschließlich auf die Probe- und Ausbildungszeit. Im Hinblick auf die Betriebs- und Berufszugehörigkeit bleibt es bei der Regelung des § 6 II 1. Daraus folgt, daß z. B. die Dauer der Ausbildungszeit und die der Betriebszugehörigkeit differieren können, obwohl sie zum selben Zeitpunkt begonnen haben.

3. Kapitel: Darstellung der Bedeutung des § 6 anhand ausgewählter Einzelprobleme

In diesem Kapitel soll die Regelung des § 6 anhand konkreter Einzelfälle dargestellt werden. Das soll nicht erschöpfend geschehen, sondern sich auf Fälle beschränken, die exemplarisch sind oder von allgemeinem Interesse, da sich zu ihnen konträre Meinungen gebildet haben.

§ 13 Lohnerhöhung

Nach dem Wiederaufleben des Arbeitsverhältnisses durch Rückkehr in den bisherigen Betrieb, lebt mit der Arbeitsleistungspflicht auch der Lohnanspruch des Arbeitnehmers wieder auf. Fraglich ist jedoch die Höhe des Lohnanspruchs. Es ist zu untersuchen, ob der Arbeitnehmer Anspruch auf erhöhte Lohnzahlung hat, wenn z. B. während der Ruhezeit die Löhne seiner Lohngruppe erhöht worden sind oder sich seine Anwartschaft auf eine Lohnerhöhung konkretisiert hat.

---

1) s. ebenso Sahmer, Kommentar, Rdnr. 68 e, f, g; vgl. auch BT-Drucksache II/3117, S. 14 zu § 6 III;

I. Abhängigkeit der Lohnerhöhung von der Dauer der Berufs- und Betriebszugehörigkeit

1. Ist eine Lohnerhöhung von der Dauer der Berufszugehörigkeit abhängig, beeinträchtigt der Wehrdienst den Anspruch bzw. die Anwartschaft auf die Lohnerhöhung nicht, denn die Wehrdienstzeit ist auf die Dauer der Berufszugehörigkeit anzurechnen, § 6 II 1, 1. H. S. Soll also der Arbeitnehmer nach fünfjähriger Tätigkeit als kaufmännischer Angestellter z. B. von der Tarifgruppe A I nach A II aufrücken, wird dieser Anspruch durch einen in der Zwischenzeit abgeleisteten Wehrdienst nicht beeinträchtigt[1]. Ist die erforderliche Zeit mit Abschluß des Wehrdienstes erreicht, entsteht sofort der erhöhte Lohnanspruch. Ist sie noch nicht abgelaufen, hat sich die Anwartschaft auf die Lohnerhöhung um die Dauer der Wehrdienstzeit weiter konkretisiert. Es ist auch der Fall denkbar, daß die fünfjährige Berufszugehörigkeit schon während der Wehrdienstzeit erfüllt ist. Dennoch kann der erhöhte Lohnanspruch erst mit Beendigung des Ruhens und Rückkehr in den bisherigen Betrieb geltend gemacht werden. Das bedeutet - wie schon oben im 1. und 2. Kapitel dargelegt - keinen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot oder das Anrechnungsgebot. Der Arbeitnehmer kann nicht in einem Anspruch benachteiligt werden, der während der Wehrdienstzeit ruht. Die Anrechnungsvorschrift soll nur bewirken, daß der Arbeitnehmer sofort mit Beginn des Wiederauflebens in Genuß des erhöhten Lohnanspruchs kommt. Die Zeit, die für die Entstehung eines solchen Anspruchs nötig ist, muß nicht noch einmal durchlaufen werden, sondern ist durch die Wehrdienstzeit als abgegolten anzusehen.

Für Lehrlinge oder sonstige in der Berufsausbildung Beschäftigte ist diese Regelung gemäß § 6 I 1, 2. H. S. in der schon oben beschriebenen Weise modifiziert. Der Lehrling hat erst nach Beendigung seiner Ausbildungszeit Anspruch auf einen Lohn, der einer um die Wehrdienstzeit angewachsenen Dauer der Berufszugehörigkeit entspricht[2].

1) s. dazu Albrecht, aaO, S. 108;
2) s. auch Sahmer, Kommentar, Rdnr. 66 ff.; 68 e/f;

2. Hängt die Lohnerhöhung von der Dauer der Betriebszugehörigkeit ab, gilt das zur Berufszugehörigkeit Gesagte entsprechend. Bei der Betriebszugehörigkeit gibt es keine Parallele zur Regelung des § 6 II 1, 2. H.S. Denn auch der Lehrling oder der sonst in Ausbildung Beschäftigte ist als Betriebsangehöriger anzusehen. Allerdings ist die Aussicht für Lehrlinge oder sonst in Berufsausbildung Stehende auf Lohnerhöhung wegen Erreichens einer gewissen Dauer der Betriebszugehörigkeit gering. Zum einen erhält ein Arbeitnehmer, der sich in der Ausbildung befindet, idR keinen Lohn, der seine Leistung honoriert, sondern höchstens eine Vergütung, die als Ausbildungsbeihilfe zu charakterisieren ist[1]. Zum anderen wird, wenn der Arbeitgeber überhaupt eine Vergütung zahlt und eine Erhöhung möglich ist, diese nicht von der Dauer der Betriebszugehörigkeit, sondern von der der Ausbildungszeit abhängen. Die Ausbildungszeit läuft aber während des Wehrdienstes gem. § 6 III nicht weiter.

II. Abhängigkeit der Lohnerhöhung von einer Bewährungszeit

Die Einstufung in eine höhere Lohn- oder Vergütungsgruppe wird des öfteren vom Durchlaufen einer Bewährungszeit abhängig gemacht. Dies ist zwar idR nur im öffentlichen Dienst der Fall (vgl. § 23 a Bundesangestelltentarifvertrag - BAT - vom 23.2.1961[2]), doch kommt es auch in der privaten Wirtschaft vor[3]. Dieser Fall wird von dem durch eine Novelle zum ArbPlSchG[4] eingefügten § 6 IV erfaßt. Die Regelung erwies sich als notwendig, da die Rechtslage vor der Einführung des § 6 IV unklar war. Weder § 6 II noch § 6 III enthielten eine Regelung über Bewährungszeiten. Das Arbeitsgericht Hamburg hat deshalb in einer

---

1) vgl. Hueck-Nipperdey I, § 14 I für den Lehrling; der Volontär wird idR sogar unentgeltlich beschäftigt, vgl. Hueck-Nipperdey, aaO, § 14 III;
2) i.d.F. des Tarifvertrages über den Bewährungsaufstieg für Angestellte des Bundes und der Länder vom 25.3.1966;
3) s.z.B. im Fall der Entscheidung des ArbG Hamburg Urt.v.25.11.66 - 9 Ca 441/66, BB 1967, 164;
4) Gesetz v. 21.5.1968, BGBl. I, 551;

Entscheidung[1] das allgemeine Benachteiligungsverbot des § 6 I angewandt und danach eine Unterbrechung der Bewährungszeit durch den Wehrdienst als unschädlich angesehen, d. h. die Wehrdienstzeit auf die Bewährungszeit angerechnet. Die Anwendung des Rechtsgedankens des § 6 I lag zwar nahe, da das Benachteiligungsverbot als Auffangtatbestand für nicht geregelte Fälle dient. Die Anwendung dieses Rechtsgedankens wird in vielen Fällen zu einer Anrechnung des Wehrdienstes auf die Bewährungszeit führen. In allen Fällen wird sich das jedoch nicht rechtfertigen lassen, da die Anrechnung des Wehrdienstes auf die Bewährungszeit auch Nachteile mit sich bringen kann. Denn es ist möglich, daß bei kurzen Bewährungszeiten von z. B. 2 Jahren kaum eine Beurteilung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber möglich ist, wenn davon 1 1/2 Jahre auf den Wehrdienst fallen. Mangels erfolgter Bewährung könnte der Arbeitgeber dann den Aufstieg des Arbeitnehmers in eine höhere Lohngruppe verweigern. Eine Anwendung des § 6 I würde also je nach Lage des Einzelfalles zu ganz verschiedenen Ergebnissen führen und damit nicht zur Rechtssicherheit beitragen. Außerdem wird aus der Regelung des § 6 III deutlich, daß es dem Gesetzgeber nicht darauf ankommt, eine Anrechnung der Wehrdienstzeit um jeden Preis anzuordnen. Vielmehr sind die jeweiligen Besonderheiten der Arbeitsverhältnisse zu berücksichtigen, und zwar nicht nur aus dogmatischen Gründen, sondern auch, weil durch eine pauschale Anrechnung nicht immer nur Vorteile für den Arbeitnehmer entstehen[2]. Die Bewährungszeit müßte vom Sinn und Zweck her auf die gleiche Ebene gestellt werden wie Probe- und Ausbildungszeiten. Denn die Bewährungszeit soll gerade dazu dienen, daß nach Ablauf eines bestimmten Zeitraumes die Fähigkeiten des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber richtig bewertet werden können und auch dem Arbeitnehmer Gelegenheit geben, seine Fähigkeiten zu zeigen. Das volle Durchlaufen der Zeit ist für die Bewährung von entscheidender Bedeutung. Sie steht damit der Probezeit nahe.

1) Urteil v. 25. 11. 1966 - 9 Ca 441/66, BB 1967, 164;
2) s. dazu 4. dtsch. Bundestag, Stenographische Berichte, 99. Sitzung, S. 4620/4621;

Der Gesetzgeber hat deshalb in der Novellierung des Gesetzes dem § 6 einen Absatz IV hinzugefügt, der in Satz 1 die Wehrdienstzeit von der Anrechnung auf die Bewährungszeit ausnimmt. Allerdings wird nur die Zeit des Grundwehrdienstes nicht auf die Bewährungszeit angerechnet. Diese Einschränkung erfolgte im Rahmen der Beratung des Gesetzes. Während der Entwurf der Bundesregierung[1] auch die Wehrübung noch in diese Regelung einbeziehen wollte, hat der Verteidigungsausschuß des Bundestages die Vorschrift auf den Grundwehrdienst beschränkt[2]. Daraus kann gefolgert werden, daß bei Wehrübungen eine Anrechnung auf die Bewährungszeit stattfinden soll. Das ist auch gerechtfertigt, da die kurzfristigen Übungen keine wesentliche Beeinträchtigung der Beurteilungsmöglichkeit in der Bewährungszeit mit sich bringen.

Um den Arbeitnehmer finanziell nicht zu benachteiligen, wird ihm nach § 6 IV 2 während der Zeit, um die sich die Einstufung in eine höhere Lohn- oder Vergütungsgruppe durch die Nichtanrechnung des Wehrdienstes verzögert, vom Arbeitgeber eine Zulage gezahlt, und zwar in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen seinem Arbeitsentgelt und dem Arbeitsentgelt, das ihm bei Einstufung in die höhere Lohn- oder Vergütungsgruppe zustehen würde. Man könnte einwenden, diese Regelung laufe praktisch darauf hinaus, daß die Wehrdienstzeit doch auf die Bewährungszeit angerechnet werde, und die umständliche Vorschrift des § 6 IV sei deshalb überflüssig. Diese Meinung ist jedoch nicht richtig. Einmal hat die Regelung einen unsicheren Rechtszustand beseitigt. Zum anderen wollte der Gesetzgeber aufgetretene finanzielle Härten beseitigen, die durch die unterschiedlichen Anknüpfungspunkte für eine Lohnverbesserung eingetreten waren[3]. Das entspricht dem allgemeinen Benachteiligungsverbot des § 6 I. Er sah sich zu diesem Zweck aber nicht in der Lage, die Wehrdienstzeit entsprechend der Berufs- und Betriebszuge-

---

1) BT-Drucksache V/1397, zu Art 1, Nr. 4 b (S. 2);
2) BT-Drucksache V/1831, zu Art. 1, 4 b (S. 4);
3) s. BT-Drucksache V/1831, S. 1 im Bericht des Abgeordneten des Verteidigungsausschusses;

hörigkeit auf die Bewährungszeit anrechnen zu lassen, da dies ihrem Sinn widersprochen hätte[1]. Aus diesen Gründen mußte die Fassung des Gesetzes so ausfallen[2].

§ 14 Gewinnbeteiligung

Auch für sonstige Zuwendungen, die der Arbeitnehmer neben seinem Lohn erhält, gilt § 6, insbesondere auch das Anrechnungsgebot des § 6 II. Die bei der Lohnerhöhung erörterten Probleme tauchen auch hier auf und müssen entsprechend gelöst werden.

Die Gewinnbeteiligung soll exemplarisch für diese Zuwendungen herausgegriffen werden, nicht zuletzt deswegen, weil das BAG hierzu eine Entscheidung gefällt hat[3], die u. a. auch noch einmal konkret das Verhältnis von § 6 zu § 1 erhellt. In dieser Entscheidung ging es um eine vom Arbeitgeber nachträglich freiwillig gewährte Ergebnisbeteiligung, und zwar für einen Zeitraum, in dem der klagende Arbeitnehmer wegen Ableistung des Wehrdienstes abwesend war. Die Beurteilung, ob überhaupt ein Anspruch bestand, und die Berechnung der Höhe der Ergebnisbeteiligung hingen gemäß Bekanntgabe des Arbeitgebers von folgenden Kriterien ab: Der Arbeitnehmer mußte am Auszahlungstag in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis stehen und dem Betrieb des Arbeitgebers für den Zeitraum, auf den sich die Ergebnisbeteiligung bezog, angehört haben. Ferner sollte der Anspruch davon abhängig sein, daß der Arbeitnehmer während des Zeitraums, für den die Ergebnisbeteiligung ausgezahlt wurde, Lohn oder Gehalt bezogen hatte. Nach ausdrücklicher Bekanntmachung des Arbeitgebers sollte die Berechnung der Ergebnisbeteiligung nach dem Leistungsprinzip erfolgen, sich also an der Höhe des Lohnes

---

1) BT-Drucksache V/1397, S. 6 in der Begründung zu Art. 1, 4 b;
2) die sinngemäß gleiche Regelung brachte die Novellierung mit § 9 VII für Beamte und Richter;
3) Urt. v. 8.11.1962 - 5 AZR 112/62, BAGE 13, 305 = AP Nr. 1 zu § 6 ArbPlSchG, mit Anm. von Sahmer;

bzw. Gehaltes orientieren. Das BAG wies die Klage des Arbeitnehmers ab, der einen Anspruch auf Ergebnisbeteiligung für den Zeitraum geltend machte , in dem er bei der Bundeswehr war. Dieser Entscheidung ist zuzustimmen. Wären Entstehung und Höhe des Anspruches auf Gewinnbeteiligung allein von den beiden erstgenannten Voraussetzungen abhängig (ungekündigtes Arbeitsverhältnis, Betriebszugehörigkeit), hätte einem Anspruch des Wehrdienst leistenden Arbeitnehmers nichts im Wege gestanden. Die dritte Voraussetzung (Lohnauszahlung während des bestimmten Zeitraumes) war jedoch nicht erfüllt[1]. Sie kann auch nicht durch Berufung auf § 6 ArbPlSchG fingiert werden. Zwar bewirkt das Anrechnungsgebot des § 6 II 1, 1. H. S., daß die tatsächliche Beschäftigungszeit auch für die Zeit des Wehrdienstes im Rahmen der Betriebszugehörigkeit fingiert wird. Diese Fiktion soll aber nicht bezwecken, daß die Wehrdienstzeit so anzusehen ist, als hätte der Arbeitnehmer auch wirklich in dem Betrieb Leistungen erbracht und Lohn erhalten[2]. Das Anrechnungsgebot bewirkt nur, daß der Arbeitnehmer in seiner Rechtsstellung nicht benachteiligt wird, wie sie sich nach dem wieder voll Aktivwerden des Arbeitsverhältnisses ergibt. Auf diese Weise wird verhindert, daß zukünftige Ansprüche, deren Entstehung oder Höhe von der ununterbrochenen tatsächlichen oder rechtlichen Zuordnung des Arbeitnehmers zum Betrieb abhängig sind, durch den Wehrdienst verlorengehen oder gemindert werden. § 6 ist also im vorliegenden Fall gar nicht anwendbar, da es sich um einen Anspruch auf eine Zuwendung handelt, der während des Wehrdienstes gem. § 1 I ruht. Andernfalls würde sich der Arbeitnehmer

---

1) dabei ist es im übrigen ohne Belang, ob man diese Voraussetzung als "Bemessungsfaktor" für einen dem Grunde nach schon gegebenen Anspruch ansieht oder als echte Anspruchsvoraussetzung (so das BAG, aaO). Denn hat der Arbeitnehmer keinen Lohn erhalten, weil er nicht gearbeitet hat, ist sein dem Grunde nach bestehender Anspruch gleich Null bzw. besteht überhaupt nicht;

2) vgl. BAG Urt. v. 23.6.1966 - 5 AZR 541/65, AP Nr. 2 zu § 3 BUrlG "Rechtsmißbrauch" (Bl. 2 R);

über § 6 einen Anspruch auf eine Leistung verschaffen, die § 1 I gerade versagen wollte[1].

§ 15 Fristen und Wartezeiten

I. Kündigungsfrist

Nach dem KündigungsSchG genießt ein Arbeitnehmer Kündigungsschutz nach 6 Monaten Wartezeit. Es ist zu klären, wann ein Arbeitnehmer, der bei Einberufung zum Wehrdienst diese Voraussetzung noch nicht erfüllt hat, sich nach der Rückkehr darauf berufen kann. Diese Frage ließ sich nach dem KündigSchG a. F.[2], das zur Erfüllung der Wartezeit eine sechsmonatige "ununterbrochene Beschäftigung" verlangte, nicht ohne weiteres beantworten. Aufgrund der weiten Fassung des Anrechnungsgebotes nach § 6 II 1, 1. H. S. ArbPlSchG konnte allerdings kaum noch zweifelhaft sein, daß die Wehrdienstzeit auch als "ununterbrochene Beschäftigung" iSd § 1 I KündigSchG a. F. galt[3]. Die Neufassung des KündigSchG[4] hat mögliche Meinungsverschiedenheiten beseitigt. Sie verlangt nicht mehr eine ununterbrochene Beschäftigung, sondern einen ununterbrochenen Bestand des Arbeitsverhältnisses. Durch das Ruhen wird der Bestand des Arbeitsverhältnisses und demgemäß auch der Fristablauf zur Erlangung des Kündigungsschutzes gerade nicht unterbrochen. Ein Arbeitnehmer, der bei Einberufung zum Wehrdienst noch nicht sechs Monate in einem Arbeitsverhältnis desselben Betriebes oder Unternehmens gestanden hat, kann sich demnach nach der Rückkehr vom Wehrdienst auf den Kündigungsschutz nach § 1 KündigSchG n. F. berufen[5]

---

1) so auch das BAG Urt. v. 8. 11. 1962, aaO; Sahmer in der Urteilsanmerkung, aaO; ders., Kommentar, Rdnr. 63 a, f; so wohl auch Albrecht, aaO, S. 108 f.;
2) vom 10. 8. 1951, BGBl. I, 499;
3) s. aber den Stand der Meinungsverschiedenheiten bei Albrecht, aaO, S. 109 ff., mwN; Leube, aaO, S. 96;
4) vom 25. 8. 1969, BGBl. I, 1317;
5) der spezielle Kündigungsschutz des § 2 I, II 1 ArbPlSchG (Kündigungsverbot vor, während und nach dem Wehrdienst aus Anlaß des Wehrdienstes) besteht ohnehin;

bzw., falls der sechsmonatige Bestand des Arbeitsverhältnisses noch nicht erreicht ist, eine Anrechnung dieser Zeit auf die Wartefrist für den Kündigungsschutz verlangen[1].

II. Urlaubswartezeit

Das Bundesurlaubsgesetz (BUrlG)[2] macht die erstmalige Entstehung des Urlaubsanspruchs von der Erfüllung einer sechsmonatigen Wartezeit abhängig (§ 4 BUrlG). Es stellt sich die Frage, ob die Wartezeit während des Wehrdienstes weiterläuft und sich damit die Urlaubsanwartschaft[3] eines Arbeitnehmers, der bei der Einberufung die sechsmonatige Wartezeit noch nicht erfüllt hat, weiter verdichtet bzw. sich zu dem Anspruch auf Erholungsurlaub konkretisiert hat. Dem Wortlaut des § 4 BUrlG läßt sich folgendes entnehmen: Maßgeblich für den erstmaligen Erwerb des vollen Urlaubsanspruchs ist der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses für die Dauer von sechs Monaten. Da durch das Ruhen nach § 1 I ArbPlSchG der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses nicht unterbrochen wird, läßt sich folgern, daß der Ablauf der Wartezeit durch den Wehrdienst weder unterbrochen noch gehemmt wird. Trotz des eindeutigen Wortlauts der Vorschrift werden zum Teil andere Meinungen vertreten[4]. Schelp-Herbst sind der Auffassung, die Zeit des Ruhens sei trotz formellen Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses nicht auf die Wartezeit anzurechnen, sondern hemme sie[5]. Das widerspreche nicht dem Benachteiligungsverbot des § 6 I ArbPlSchG, da diesem Verbot dadurch Rechnung getragen werde, daß keine Unterbrechungswirkung eintrete, also die Wartezeit gemäß dem Rechtsgedanken des § 205 BGB zwar weiterlaufe, die Zeitspanne des Ruhens aber in die Wartefrist nicht eingerechnet werde[6]. Ähnlich argumentiert auch Stahlhacke, allerdings

1) Sahmer, Kommentar, Rdnr. 67b;
2) vom 8.1.1963, BGBl. I, 2;
3) während der Wartezeit besteht eine bloße Anwartschaft auf den Urlaub; s. Boldt-Röhsler, BUrlG § 4, Anm. 6; vgl. Heussner, Betr. 1964, 1336 (1337);
4) Überblick bei Albrecht, aaO, S. 91 ff.;
5) Schelp-Herbst, BUrlG, § 4, Anm. 14;
6) s. Erman-Hefermehl, BGB, § 205, Anm. 1;

unter z. T. widersprüchlichen Äußerungen und unter Verkennung des Zweckes von § 6 I ArbPlSchG. Einerseits will er den Gedanken der Hemmung (§ 205 BGB) entsprechend anwenden, andererseits soll durch das Ruhen wegen Einberufung zum Wehrdienst die Wartezeit unterbrochen werden. § 6 I ArbPlSchG stehe der Unterbrechenswirkung nicht entgegen, da "es sich nicht um eine Benachteiligung des Einberufenen handele, sondern um die Folge des gesetzlich angeordneten Ruhens des Arbeitsverhältnisses"[1]. In gleicher Weise vertreten Kamman-Ziepke-Weinspach zwar die entsprechende Anwendung des § 205 BGB, sprechen aber von einer Unterbrechung der Wartezeit, weil beim ruhenden Arbeitsverhältnis "sämtliche Rechte und Pflichten"suspendiert seien[2]. Diese Auffassungen sind abzulehnen. Sie stimmen nicht mit dem eindeutigen Wortlaut des § 4 BUrlG überein: Nur rechtliche Unterbrechungen des Arbeitsverhältnisses sind auf den Ablauf der Wartezeit von Einfluß; Zeiten tatsächlicher Nichtbeschäftigung unter Fortbestand des Arbeitsverhältnisses werden aber auf die Wartezeit angerechnet[3]. Ein solcher Zustand tritt durch das Ruhen nach § 1 I ArbPlSchG ein. Die Ruhezeit muß deshalb auf die Wartezeit nach § 4 BUrlG angerechnet werden[4]. Dieses Ergebnis folgt unmittelbar aus dem Zweck des Ruhens, so daß sich die Frage nach der Anwendung des § 6 ArbPlSchG gar nicht stellt. Entsteht der volle Urlaubsanspruch durch Erfüllung der sechsmonatigen Wartezeit während der Ableistung des Wehrdienstes, beginnt von diesem Zeitpunkt an auch das Kürzungsrecht des Arbeitgebers nach § 4 ArbPlSchG. Der Arbeitnehmer kann die Folge der Kürzung nicht durch Berufung auf § 6 umgehen, denn

---

1) Stahlhacke, BUrlG, § 4, Anm. 29 ff.;
2) Kamman-Ziepke-Weinspach, BUrlG, § 4, Anm. 7 f.;
3) s. Boldt-Röhsler, BUrLG, § 4, Anm. 9/25/29 mwN; so, wenigstens für die Unterbrechung durch Wehrdienst, auch Leube, aaO, S. 92 f., der den Wortlaut des § 4 BUrlG allerdings nicht als eindeutig ansieht und das Ergebnis allein aus dem Benachteiligungsverbot herleitet;
4) so Dersch-Neumann, BUrlG, § 4, Anm. 44; und unter Abweichung von der Vorauflage jetzt auch Boldt-Röhsler, aaO, § 4, Anm. 32; Albrecht, aaO, S. 95;

§ 6 gibt ihm keinen Anspruch auf Urlaub für die Vergangenheit, sondern nur für die Zukunft[1].

Gem. § 13 I BUrlG können aber durch Tarifvertrag abweichende Vereinbarungen von § 4 BUrlG, und zwar auch zuungunsten des Arbeitnehmers, getroffen werden[2]. In diesen Fällen erhebt sich das Problem der Anwendbarkeit von § 6 ArbPlSchG, wenn z. B. die Erfüllung der Wartezeit von einer tatsächlichen Beschäftigung oder von der Dauer der Betriebszugehörigkeit abhängig gemacht wird[3]. Aufgrund des Anrechnungsgebots des § 6 II 1, 1. H. S., das eine Anrechnung der Wehrdienstzeit auf die Betriebszugehörigkeit bewirkt, muß auch in diesen Fällen eine Anrechnung auf die Wartezeit stattfinden. Denn § 6 II 1, 1. H. S. bezweckt in weitgehendem Maße die Erhaltung von Ansprüchen bzw. Anwartschaften und deren Fortentwicklung, soweit sie an die tatsächliche oder rechtliche Zuordnung anknüpfen. Etwas anderes würde z. B. gelten, wenn die Erfüllung der Wartezeit von der Dauer der Ausbildungszeit abhängig gemacht worden wäre. Wegen § 6 III kann hier keine Anrechnung stattfinden.

III. Sechs-Wochen-Frist für Krankengeld

Die Sechs-Wochen-Frist bei der Lohn- bzw. Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall galt bisher nur für die angestellten Arbeitnehmer[4]. Für Arbeiter war das "Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle"[5] (ArbKrankhG) maßgebend. Zwar ist auch dort eine Frist für Beginn und Dauer des Krankengeldzuschusses bestimmt, doch ist dieser Zuschuß der gesetzlichen Kranken- und Unfallversicherungszahlung akzessorisch. Das Frist-Problem ist also ein versicherungsrechtliches. Gem. Art. 4 § 9 II des Gesetzes über die Fort-

---

1) so auch das BAG Urt. v. 23. 6. 1966 - 5 AZR 541/65, AP Nr. 2 zu § 3 BUrlG "Rechtsmißbrauch", mit Anm. von Isele;
2) Boldt-Röhsler, aaO, § 4, Anm. 49;
3) so war die Regelung in den durch § 15 II 1 BUrlG außer Kraft getretenen Länder-Urlaubsgesetzen; Nachweise bei Boldt-Röhsler, aaO, § 4, Anm. 9;
4) vgl. insbes. die Regelung der §§ 616 II BGB; 63 HGB; 133 c GewO; 90 a PrABG;
5) vom 26. 6. 1957, BGBl. I, 649 i. d. F. v. 12. 7. 1961, BGBl. I, 913;

zahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle (LohnfortzahlungsG)[1] ist das ArbKrankhG zum 1.1.1970 außer Kraft getreten. Von diesem Zeitpunkt an gilt für Arbeiter und Angestellte die gleiche Regelung. Der Arbeitgeber muß danach allen Arbeitnehmern bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit bis zur Dauer von sechs Wochen das Arbeitsentgelt weiterzahlen.

Beim ruhenden Arbeitsverhältnis kann dann eine besondere Problematik entstehen, wenn die Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit während des Ruhens eintritt und nach Beendigung des Ruhens und Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses noch andauert. Es fragt sich, ob in einem solchen Fall die Sechs-Wochen-Frist mit dem Tage zu laufen beginnt, der auf denjenigen folgt, an dem die Arbeitsunfähigkeit eintritt, oder erst mit dem Tage der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses.

1. Zu dieser Frage hat das BAG eine für die Arbeitnehmer bedeutsame Entscheidung[2] gefällt, die zwar zu § 63 HGB erging, also die Handlungsgehilfen betrifft, der aber aus der jetzt erfolgten Gleichstellung aller Arbeitnehmer allgemeine Bedeutung zukommt. Der 1. Senat des BAG läßt die Sechs-Wochen-Frist nicht mit dem ersten Tag nach dem Eintritt des "Ereignisses" (Erkrankung) beginnen, wie es dem Grundsatz nach der Fall sein müßte (§§ 187 I, 188 BGB), sondern erst von dem Tage an, an dem das Arbeitsverhältnis wieder voll wirksam geworden ist. Zur Begründung führt der Senat folgendes an: Der Grundsatz, daß die Frist mit dem Tage nach Eintritt der Dienstunfähigkeit beginne, gelte nur, wenn "das Arbeitsverhältnis mit seinen Hauptpflichten, der Arbeitsleistungspflicht einerseits und der Gehaltszahlungspflicht andererseits, voll in Wirkung" sei. Der Anspruch aus § 63 HGB entstehe also bei einem ruhenden Arbeitsverhältnis "erst in dem Zeitpunkt, in dem das Arbeitsverhältnis mit den beiderseitigen Hauptpflichten wieder voll in Kraft trete"[3]. Für diese

---

1) vom 27.7.1968, BGBl. I, 946 (955);
2) Urteil v. 3.3.1961 - 1 AZR 76/60, AP Nr. 27 zu § 63 HGB (Anm. Hefermehl);
3) BAG, aaO (Blatt 1, Rückseite);

Auslegung spricht nach Ansicht des BAG einmal der Wortlaut des § 63 HGB: Wenn der Arbeitnehmer den Anspruch auf das Gehalt auch im Krankheitsfalle "behalten" solle, müsse vom Bestehen eines Gehaltsanspruchs vor Eintritt des Krankheitsfalles ausgegangen werden. Ruhe dieser aber, werde auch der Anspruch aus § 63 HGB vom Ruhen erfaßt und - das ist das Entscheidende an dieser Rspr. - der Fristbeginn bis zum Wiederaufleben des Gehaltsanspruchs hinausgeschoben. Zum anderen spreche dafür auch die in Rspr. und Schrifttum einhellig vertretene Meinung, "die Regelung des § 63 HGB sei eine Konkretisierung der Fürsorgepflicht"; es werde "dem Arbeitgeber ein Opfer aus sozialen Gründen, im Interesse der Fürsorge für seine Angestellten, auferlegt", so daß es "nicht gerechtfertigt sei, die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Lohnfortzahlung dadurch entfallen zu lassen oder herabzusetzen, daß man die Frist des § 63 HGB in einem Zeitraum laufen läßt, in dem für den Arbeitgeber keinerlei Vergütungspflicht"[1] bestehe. Mit dieser Entscheidung folgt der Senat seinem Urteil vom 26.8.1960[2], in dem er den Fristbeginn beim Anspruch der niedergekommenen Mutter aus § 63 HGB ebenfalls hinausschob, da wegen des Beschäftigungsverbots der Mutter nach §§ 3 II; 6 I 1/2 MutterSchG keine Vergütungspflicht für den Arbeitgeber besteht. Es kann also von einer gefestigten Rspr. des BAG gesprochen werden[3].

2. Im Schrifttum lassen sich mit wenigen Ausnahmen kaum eingehende Äußerungen zu dem hier angesprochenen Problem finden. Bei Nikisch[4] wird nur in einer Fußnote die Entscheidung des BAG vom 3.3.1961 und ihr Ergebnis erwähnt. Hueck[5] hat der Entscheidung zum MutterSchG in

---

1) BAG, aaO (Blatt 2);
2) 1 AZR 202/59, AP Nr. 20 zu § 63 HGB;
3) in der Entscheidung vom 22.6.1961 - 5 AZR 236/60, AP Nr. 4 zu § 133c GewO hat das BAG zum Fristproblem nicht ausdrücklich Stellung genommen;
4) Arbeitsrecht I, S. 625, Anm. 86;
5) Anm. zum Urt. des BAG v. 26.8.1960, AP Nr. 20 zu § 63 HGB; vgl. auch Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, Anm. 81 zu § 616 BGB; weiter Schlegelberger-Schröder, HGB, § 63, Anm. 5 a im Gegensatz zu 6;

einer Anmerkung zugestimmt.

Ausführlich Stellung nimmt Bulla[1] in einem Aufsatz, in dem er sich kritisch mit der BAG-Rspr. auseinandersetzt und sie im Ergebnis ablehnt. Bulla begründet seine Ablehnung folgendermaßen: § 63 HGB sei eine anspruchsbegründende Norm[2]. Sie gewähre nämlich einen Anspruch, der nach den allgemeinen Regeln des Schuldrechts (§§ 323, 614 BGB) nicht gegeben sei. Voraussetzung für die Entstehung des Anspruchs nach § 63 HGB sei ein bestehendes Arbeitsverhältnis und der Eintritt des anspruchsbegründenden Umstandes. Dieser Umstand sei bei den Lohnfortzahlungsnormen der Eintritt der Dienstunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfall. Dieses Ereignis bewirke die Entstehung des "Ausfallanspruchs"[3] auf Lohnfortzahlung und setze die Laufzeit in Gang. Das BAG stelle zu Unrecht als dritte Voraussetzung das Bestehen der Vergütungspflicht des Arbeitgebers im Zeitpunkt des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit auf. Das Bestehen der Vergütungspflicht bewirke nur, daß der Ausfallanspruch durch Zahlung auszufüllen sei. Für den Beginn der Frist sei es gleichgültig, ob der Ausfallanspruch wirklich realisiert werde oder nicht, denn der Fristbeginn knüpfe sich nur an den Eintritt der Arbeitsunfähigkeit[4].

3. Diese Ansicht von Bulla ist überzeugend. Das BAG will die Bedeutung des Wortes "behält" (... den Anspruch auf Gehalt) in § 63 HGB[5] in dem Sinn verstanden wissen, daß für die Entstehung des Lohnfortzahlungsanspruchs ein vor Eintritt der Krankheit bestehender Lohnanspruch erforderlich ist. Das soll, wenn ein Lohnanspruch zu diesem Zeitpunkt wegen des Ruhens des Arbeitsverhältnisses nicht besteht, zur Folge

---

1) Betr. 1962, 333 ff.;
2) Bulla, aaO, S. 335;
3) Bulla, aaO, S. 336;
4) so auch Leube, aaO, S. 85;
5) das neue Lohnfortzahlungsgesetz formuliert:"... der Arbeitnehmer verliert nicht den Anspruch auf Arbeitsentgelt..." (§ 1 I). Das ist sachlich kein Unterschied zum Wortlaut des § 63 HGB, sondern drückt nur negativ aus, was § 63 HGB positiv formuliert;

haben, daß der Fristbeginn bis zum Wiederaufleben des Lohnanspruchs hinausgeschoben ist. Der Wortlaut des § 63 HGB läßt sich aber ebenso gut anders auslegen: Es soll nur insoweit ein Verdienst gesichert ("behalten") werden, als im Zeitpunkt des Eintritts der Krankheit ein Verdienstanspruch gegeben ist. Besteht ein solcher nicht, wird der dem Grunde nach existierende Lohnfortzahlungsanspruch nicht ausgefüllt. Die Frist läuft jedoch auch ohne die Ausfüllung des Anspruchs. Denn die Lohnfortzahlung will nur den durch die Krankheit entstehenden Ausfall ersetzen, wie in der Bezeichnung Lohn-"fortzahlung" auch zum Ausdruck kommt.

Die durch das BAG erfolgte Auslegung des Wortlauts des § 63 HGB hat seinen Grund in der Auffassung, die Lohnfortzahlung bezwecke eine Verdienstgarantie für volle sechs Wochen. Diese Auffassung ist jedoch nicht zutreffend, wie aus folgenden Überlegungen zu Sinn und Zweck der Lohnfortzahlung deutlich wird. Grundsatz des Schuldrechts, der insoweit auch für das Handels- und Arbeitsrecht gilt, ist, daß bei Nichtleistung von Arbeit auch kein Lohnanspruch besteht, und zwar auch dann nicht, wenn das Nichtleisten unverschuldet ist (§ 323 I BGB). Um diese Härte für den Arbeitnehmer abzuwenden, greifen in Fällen der unverschuldeten Arbeitsunfähigkeit aus sozialen Gesichtspunkten die Normen über die Lohnfortzahlung ein. Sie bezwecken, dem Arbeitnehmer innerhalb einer dem Arbeitgeber zumutbaren Frist den Lohnanspruch zu sichern, der dem Arbeitnehmer infolge des Nichtleistens nach allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen nicht zusteht[1]. Sinn dieser arbeitsrechtlichen Sonderregelung ist es aber nicht, dem Arbeitnehmer einen Lohnanspruch zu verschaffen, den er ohne die Krankheit nicht haben würde[2]. Die Festsetzung der Sechs-Wochen-Frist kann nicht dahingehend verstanden werden,

---

1) a.A. Raatz, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, S. 53 f.: Bei der Lohnfortzahlung handele es sich wegen der Einbeziehung der Versicherungsträger um ein außerhalb von Leistung und Gegenleistung liegendes System. - Dieses Argument ist - wenn überhaupt - nach dem Außerkrafttreten des ArbKrankhG nicht mehr stichhaltig;

2) s. dazu Titze, Recht des kaufmännischen Personals, S. 218; Bulla, aaO, S. 334;

daß für diese Zeit eine Lohnfortzahlung garantiert werden soll - worauf die BAG-Rspr. hinausläuft - ; die Frist stellt lediglich die zumutbare Grenze der wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers dar[1], die aber nicht unbedingt ausgeschöpft werden muß. Durch den Eintritt der Arbeitsunfähigkeit wird die Sechs-Wochen-Frist automatisch in Gang gesetzt. Besteht zu diesem Zeitpunkt ein Lohnanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, muß dieser für sechs Wochen den Lohn fortzahlen. Ruht das Arbeitsverhältnis des kranken Arbeitnehmers aber, wird vom Arbeitgeber bei Eintritt der Krankheit kein Lohn gezahlt, so daß er ihn auch während der Krankheit nicht fortzahlen kann. Der Ablauf der Sechs-Wochen-Frist ist jedoch unabhängig davon, ob sich das Arbeitsverhältnis im Ruhezustand befindet oder aktiv besteht[2]. Dieser Umstand ist lediglich dafür von Bedeutung, ob der Fortzahlungsanspruch wirklich ausgefüllt wird.

Dieses Ergebnis wird auch der Interessenabwägung gerecht, die dem ArbPlSchG zugrunde liegt. Das ArbPlSchG legt dem Arbeitgeber durch die Anordnung des Ruhens eine starke Belastung auf. Diese muß in zumutbaren Grenzen gehalten werden. Die Stellung des Arbeitnehmers soll durch den Wehrdienst zwar nicht verschlechtert, aber auch nicht verbessert werden. Überall dort, wo die Stellung des Arbeitnehmers ausreichend gesichert ist, soll der Arbeitgeber nicht in Anspruch genommen werden. Solange der Arbeitnehmer bei der Bundeswehr ist, wird er von dieser auch bei Krankheit mit Wehrsold, Verpflegung, Unterkunft, Dienstbekleidung, Übungsgeld und Heilfürsorge versorgt[3]. Der Arbeitnehmer und seine Familie sind also sozial gesichert, so daß ihnen nicht durch

---

1) das betont auch Hefermehl in einer Anm. zu BAG AP Nr. 27 zu § 63 HGB, zieht aber dennoch daraus den falschen Schluß der effektiven Garantie einer sechs Wochen lang dauernden Lohnzahlung; ebenso Raatz, aaO, S. 173 ff.; wie hier: Leube, aaO, S. 84 f.;

2) in diesem Sinn schon das Kaufmannsgericht München, Urt. v. 26.4.1907 in Gewerbe- und Kaufmannsgericht Bd. 14, S. 344; wohl auch der 5. Senat des BAG (Urt. v. 22.6.1961 - 5 AZR 236/60, AP Nr. 4 zu § 133 c GewO); Bulla, aaO, S. 336; Leube, aaO, S. 82 f.;

3) durch das WehrsoldG (Neufassung v. 28.8.1965, BGBl. I, 1051; i.d.F. v. 25.7.1967, BGBl. I, 797) und das USG;

eine Verschiebung des Fristablaufs bei der Lohnfortzahlung noch zusätzlich ein Anspruch gegen den Arbeitgeber zugebilligt werden kann. Der sozialpolitische Zweck der Lohnsicherung durch den Arbeitgeber kann also gar nicht zum Tragen kommen. Aus diesen Gründen ist es gerechtfertigt, daß der Arbeitgeber nicht für volle sechs Wochen Lohn zahlt, wenn die Krankheit des Arbeitnehmers bei Rückkehr vom Wehrdienst noch andauert, sondern nur noch für den anteilsmäßigen Rest.

Das BAG rechtfertigt seine Auffassung, daß der Lohn auf jeden Fall sechs Wochen vom Arbeitgeber fortgezahlt werden müsse, auch noch durch eine Berufung auf die der Lohnfortzahlung zugrunde liegende Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Der Arbeitnehmer habe aufgrund dieser Pflicht des Arbeitgebers einen Anspruch gegen diesen, daß die Sechs-Wochen-Frist nicht zu einem Zeitpunkt zu laufen beginne, zu dem keine Vergütungspflicht des Arbeitgebers und damit auch keine der Fürsorgepflicht entspringende Vergütungsfortzahlungspflicht bestehe. Das BAG übersieht bei dieser Argumentation, daß die Lohnfortzahlung zwar eine Konkretisierung der Fürsorgepflicht ist, die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen jedoch gesetzlich ausdrücklich geregelt sind. Danach sind die anspruchsauslösenden Faktoren für die Lohnfortzahlung nur ein bestehendes Arbeitsverhältnis und der Eintritt der Dienstunfähigkeit, nicht etwa auch die momentane Vergütungspflicht des Arbeitgebers. Die Berufung auf die Fürsorgepflicht, um eine Hinausschiebung des Fristbeginns zu erreichen, wäre nur dann zu erwägen, wenn sich aus dieser Pflicht des Arbeitgebers der Rechtsgedanke ableiten ließe, der Arbeitgeber dürfe durch den Wehrdienst des Arbeitnehmers nicht besser stehen. Dies läßt sich jedoch der Interessenbewertung des ArbPlSchG nicht entnehmen. Nach dem ArbPlSchG kann sich der Arbeitnehmer zwar auf die Fürsorgepflicht berufen, da sie zu der Art der Fürsorgepflichten gehört, die während des Wehrdienstes nicht ruhen[1], doch kann der Arbeitgeber die

1) s. dazu die Ausführungen im 1. Teil, § 7; Raatz, aaO, S. 173 ff. und Leube, aaO, S. 84 sprechen hier überraschenderweise von einem Ruhen der Fürsorgepflicht, die sie sonst - entsprechend der h. M. - als "Nebenpflicht" fortbestehen lassen;

Erfüllung der Pflicht in Form der Lohnfortzahlung verweigern, da der Arbeitnehmer durch die Bundeswehr versorgt wird und die arbeitgeberische Pflicht zurücktritt.

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß die hier vertretene Auffassung nicht gegen das Benachteiligungsverbot des § 6 ArbPlSchG verstößt. Da dem Arbeitnehmer während des Wehrdienstes kein Lohnfortzahlungsanspruch gegen den Arbeitgeber zusteht, ist § 6 nicht anwendbar. Entscheidend ist, daß der Arbeitnehmer im wieder aktiven Arbeitsverhältnis nicht benachteiligt wird. Dies ist dadurch gewährleistet, daß er einen Lohnfortzahlungsanspruch gegen den Arbeitgeber hat, sobald er das Arbeitsverhältnis fortsetzt und die Sechs-Wochen-Frist noch nicht abgelaufen ist.[1].

4. Wegen des engen Zusammenhangs soll hier noch kurz auf die Frage eingegangen werden, ob der Arbeitnehmer überhaupt einen Anspruch auf Lohnfortzahlung hat, wenn er krank vom Wehrdienst in das alte Arbeitsverhältnis zurückkehrt. Es müssen zwei Fälle unterschieden werden. Ist die Krankheit nicht infolge einer Wehrdienstbeschädigung eingetreten, kann überhaupt kein Konkurrenzverhältnis zwischen dem Lohnfortzahlungsanspruch und Ansprüchen gegen die Bundeswehr entstehen. Der Lohnfortzahlungsanspruch tritt also nicht zurück. Steht jedoch fest bzw. läßt sich nicht genau klären, ob die Arbeitsunfähigkeit infolge einer Wehrdienstbeschädigung eingetreten ist, entsteht ein Konkurrenzproblem zwischen den Ansprüchen des Arbeitnehmers gegen den Bund und gegen den Arbeitgeber. Bei Wehrdienstbeschädigungen hat der Arbeitnehmer auch nach Entlassung aus dem Wehrdienst Ansprüche gegen den Träger der Bundesversorgungslast nach den §§ 80, 81 Soldatenversorgungsgesetz (SVG) iVm den §§ 9 ff. Bundesversorgungsgesetz (BVG)[2]. Gleich-

---

1) s. auch zum Fall der Sechs-Wochen-Frist bei Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes: LAG Hamm, BB 1970, 1136 = Betr. 1970, 1647;
2) SVG: Gesetz v. 20. 2. 1967, BGBl. I, 201; BVG: Gesetz v. 20. 1. 1967, BGBl. I, 151;

gültig ob dies feststeht oder ob dies unklar ist, kann dem Arbeitnehmer wegen der Bestimmung des § 17 V BVG der Anspruch auf Lohnfortzahlung aber nicht versagt werden. Diese Bestimmung erklärt nämlich den Anspruch gegen den Träger der Bundesversorgungslast als subsidiär zu anderen, dem Arbeitnehmer gesetzlich zustehenden Ansprüchen. Würde der Arbeitnehmer also nicht gegen den Arbeitgeber vorgehen, bestünde die Gefahr, daß ihm der Anspruch aus dem SVG und BVG verloren ginge oder in Höhe des Anspruchs gegen den Arbeitgeber gemindert würde. Der Nachteil, der durch die Priorität des Lohnfortzahlungsanspruchs dem Arbeitgeber entsteht, wird durch den gesetzlichen Forderungsübergang des Arbeitnehmeranspruchs gegen den Träger der Bundesversorgungslast auf den Arbeitgeber (gem. § 4 LohnfortzahlungsG) ausgeglichen[1].

---

1) so auch der 2. Senat des BAG Urt. v. 30. 10. 1969 - 1 AZR 343/68, BB 1970, 173 f.;

C. Schlußthesen

Das Arbeitsplatzschutzgesetz bezweckt den Schutz der zum Grundwehrdienst oder einer Wehrübung verpflichteten Arbeitnehmer, und zwar in zweierlei Hinsicht:

I. Für die Zeit während des Wehrdienstes durch die Anordnung des Ruhens der Arbeitsverhältnisse (§ 1 I ArbPlSchG) gilt:

1. Die Definition des Ruhensbegriffs in Lit. und Rspr. ist nicht verwendbar: Sie ist entweder zu allgemein und damit für die Beantwortung konkreter Fragen nicht geeignet oder hat andere Fallgestaltungen zur Grundlage.

2. Aufgrund einer eingehenden Auslegung des Ruhensbegriffs, insbesondere einer Analyse des Gesetzeszweckes, lassen sich vom Grundgedanken des Gesetzes her die Wirkungen des Ruhens dahingehend beschreiben:

   a) Der Wehrdienst leistende Arbeitnehmer ist besonders schutzbedürftig. Der Schutz soll aber nur die Nachteile abwenden, die gerade durch den Wehrdienst eintreten können.

   b) Das Arbeitsverhältnis wird zu diesem Zweck während des Wehrdienstes nicht gelöst. Von seiten des Arbeitgebers ist es nur sehr erschwert kündbar.

   c) Das Arbeitsverhältnis besteht aber nur beschränkt fort: Die auf der betrieblich organisatorischen Ebene bestehenden Rechtsbeziehungen sind in weitgehendem Maße eingeschränkt; die auf der Ebene der persönlichen Verbundenheit bestehenden Rechte und Pflichten bleiben nahezu in vollem Umfang wirksam.

3. Mit dieser Auslegung können alle auftretenden konkreten Fragen beantwortet werden.

II. Für die Zeit nach Beendigung des Wehrdienstes und die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses (§ 6 ArbPlSchG) gilt:

1. Auch nach Beendigung des Ruhens ist der Arbeitnehmer schutzwürdig, da ihm die Abwesenheit vom Betrieb für die Zukunft leicht Nachteile einbringen kann. Das will § 6, so weit es geht, verhindern.

2. Dem Arbeitnehmer gehen insbesondere Rechtspositionen, die er schon vor dem Wehrdienst erlangt hat, durch den Wehrdienst nicht wieder verloren. Die Wehrdienstzeit ist weiterhin auch als anspruchsbegründende Zeit anzusetzen. Sie ist auf Anwartschaftszeiten anzurechnen.

3. § 6 wirkt immer nur ex nunc, d. h. für die Zeit nach dem Wehrdienst, und nicht ex tunc, d. h. die Vorschrift begründet nicht rückwirkend Ansprüche für die Zeit, in der das Arbeitsverhältnis geruht hat.

Lebenslauf

Am 20. Januar 1945 wurde ich als Sohn des Bergassessors a. D. Kurt Notthoff und seiner Frau Dorothea, geb. Bellometti, in Bad-Lauterberg/Harz geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach dem Besuch der Volksschule war ich ab 1955 Schüler eines neusprachlichen Gymnasiums, zuerst in Recklinghausen, ab 1959 in Essen-Bredeney. Am 20. Februar 1964 legte ich die Reifeprüfung ab. Im Sommersemester 1964 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Vom Sommersemester 1965 bis zum Sommersemester 1966 setzte ich das Studium an der Universität in Freiburg i. Br. und ab dem Wintersemester 1966 an der Universität in Münster/Westf. fort. Am 14. Dezember 1968 bestand ich die Erste Juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht Hamm. Seit dem 2. Januar 1969 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst der Referendare für die höhere Justizlaufbahn.